

El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ*

Introducción. 1. Las comunicaciones transjudiciales, el diálogo de jueces y de jurisdicciones constitucionales. 1.1. Las comunicaciones transjudiciales. 1.2. El diálogo entre tribunales. 2. Los jueces como protagonistas de la circulación jurídica a través de sus sentencias. 2.1. La comunicación transjudicial o el diálogo jurisdiccional entre jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional en materia de derechos humanos. 2.2. Las modalidades de utilización del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de las cortes internacionales por las jurisdicciones domésticas. 2.3. La función del control de convencionalidad. 3. El diálogo jurisdiccional horizontal entre jurisdicciones constitucionales. 3.1. El uso del derecho no doméstico por las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado. 4. Las potencialidades y riesgos del diálogo entre jurisdicciones. 5. Las objeciones y resistencias al diálogo entre jurisdicciones constitucionales. 6. El diálogo jurisdiccional interno de los tribunales o cortes constitucionales. 7. Algunas consideraciones sobre la utilización del derecho no doméstico y el derecho convencional internacional de derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno. 8. Consideraciones finales.

Introducción

El objeto del artículo¹ es el de analizar como impacta en las jurisdicciones constitucionales un escenario de creciente convergencia y de interpenetración de los ordenamientos jurídicos o de globalización del derecho, movimiento que se ha denominado de comunicación transjudicial y de fertilización cruzada,² como asimismo de cooperación y diálogo internacional

* Doctor en Derecho por Universidad Católica de Lovaina la Nueva. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Miembro Asociado Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya.

1. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt N° 1110016-2011 en desarrollo por el autor del presente artículo. Publicado originalmente en: *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 17-76.

2. Anne-Marie Slaughter, "A typology of transjudicial communication", 29 *University of Richmond Law Review*, 1994, p. 99.

entre magistraturas, entre éstas, las que centran nuestra atención son las de carácter constitucional, lo que lleva a una práctica jurisdiccional que utiliza crecientemente la información comparativa y en ocasiones el método de derecho comparado.

Ello implica considerar cuando y de que forma los tribunales constitucionales u otras jurisdicciones constitucionales utilizan en su razonamiento jurídico, para adoptar sus resoluciones, el derecho constitucional de otros estados y las decisiones de sus jurisdicciones constitucionales, lo que puede denominarse comunicaciones **transjudiciales horizontales en forma genérica**, algunas de las cuales pueden llegar a constituir **diálogos jurisdiccionales** que tiene un carácter espontáneo, en otros casos, son solamente monólogos.

La utilización de la jurisprudencia constitucional comparada por las jurisdicciones constitucionales es un fenómeno relativamente reciente, lo que ha sido facilitado por las nuevas tecnologías informáticas, los encuentros y seminarios internacionales por magistrados constitucionales, entre otros, los cuales permiten conocer con rapidez y casi simultaneidad las respectivas producciones jurisprudenciales.

En relación con el uso del derecho constitucional extranjero y las sentencias de jurisdicciones constitucionales de otros países por las jurisdicciones constitucionales, se consideran elementos indicativos de esta comunicación transjudicial con el derecho no nacional o doméstico, la cita en los fallos de las jurisdicciones constitucionales de disposiciones constitucionales de otros estados, como asimismo, las referencias realizadas a la jurisprudencia de otras cortes supremas o tribunales constitucionales, atendiendo a la diversidad de jurisdicciones constitucionales existentes en los distintos países. A su vez, son indicadores de comunicaciones transjudiciales en materia de derechos humanos, la cita de jurisprudencia de cortes internacionales de derechos humanos por las judicaturas nacionales, como son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Corte Europea de Derechos Humanos, asimismo forman parte de este diálogo interjudicial las citas de las respectivas jurisprudencias entre Cortes Internacionales de Derechos Humanos.

1. Las comunicaciones transjudiciales, el diálogo de jueces y de jurisdicciones constitucionales

1.1. Las comunicaciones transjudiciales

La denominación de comunicaciones transjudiciales se lo debemos al estudio y tipología de ellas realizadas por Slaughter, donde desarrolla una tipología para comprender este nuevo fenómeno de uso infrecuente en épocas anteriores,³ como es el uso habitual por tribunales nacionales del derecho extranjero o la jurisprudencia emanada de tribunales extranjeros, las cuales son utilizadas para utilizar nuevos

3. Anne-Marie Slaughter, "A typology of transjudicial communication", 29 University of Richmond Law Review, 1994, pp. 99-137.

argumentos normalmente no considerados en el ámbito nacional o para reforzar las propias soluciones jurisdiccionales. Obviamente este fenómeno es aún mayor si existen convenciones que determinen la existencia de órganos jurisdiccionales supranacionales como es el caso del Tribunal de Luxemburgo en la Unión Europea o la Corte Penal Internacional, como asimismo cuando se desarrollan jurisdicciones internacionales en virtud de tratados internacionales de derechos humanos como son la Corte Europea o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones jurisdiccionales son vinculantes, obligatorias e inapelables por los Estados Partes. En esta última perspectiva se establece una categoría de comunicaciones transjudiciales ya no de carácter horizontal, sino de carácter vertical.

Para efectos de nuestro análisis que se detiene en el ámbito de la jurisdicción constitucional, debe considerarse como comunicaciones transjudiciales horizontales aquellas que se concretan por el uso del derecho constitucional extranjero o de la jurisprudencia constitucional extranjera, en forma espontánea y libre por la jurisdicción constitucional nacional, ya que no existe ningún vínculo jurídico que obligue a ello, por lo tanto se recurre a dicha normativa o jurisprudencia por simpatía, por reconocimiento de mayor experiencia y por uso de razonamientos a los cuales se les reconoce cierta autoridad o legitimidad que refuerzan las decisiones jurisdiccionales nacionales. Esta perspectiva se refuerza aún más en países que pertenecen a un mismo sistema jurídico como es el anglosajón. Asimismo, es importante de considerar la comunicación transjudicial entre Cortes Internacionales como es la existente entre la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, como asimismo de estas con el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En el ámbito de las comunicaciones transjudiciales de carácter vertical debemos tener presente la función que cumple la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito regional americano y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito regional europeo, cuyas decisiones son vinculantes para los Estados que han reconocido su jurisdicción, la que determina obligaciones de resultado. Especial impacto tiene en este ámbito, la Corte Interamericana en virtud de las obligaciones que establece el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para los estados partes,⁴ de adecuar su ordenamiento jurídico y sus prácticas, ya sea a través de "medidas legislativas o de otro carácter", dentro de las cuales se encuentran de ser necesario las reformas constitucionales, como asimismo, el deber de actuación de los órganos jurisdiccionales dentro del ámbito de sus competencias, de respetar y garantizar los derechos convencionalmente asegurados, como asimismo, a las sentencias que determinan las obligaciones precisas que emanan de los casos concretos, como

4. Dicho art. 2º de la CADH, precisa: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

asimismo de las interpretaciones de los derechos emanadas de la *ratio decidendi* de los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Es así, como a partir de la sentencia en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile",⁵ la Corte ha determinado la obligación de los jueces ordinarios y constitucionales nacionales de realizar un control de convencionalidad del derecho interno de conformidad con el derecho convencional y las interpretaciones de este contenidas en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que debe ser efectuado "de oficio" por las respectivas jurisdicciones nacionales, como lo establece la jurisprudencia uniforme de la Corte Interamericana.⁶ Esta interpretación del derecho interno según lo dispuesto en la Convención constituye una obligación que toda jurisdicción nacional debe cumplir de buena fe, constituyendo una consecuencia natural de haber ratificado la Convención y de obligarse a respetar y garantizar los derechos contenidos en ella y de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas obligaciones. Esta perspectiva le da a las sentencias de la Corte Interamericana un carácter vinculante que estructura la comunicación transjudicial de carácter vertical, del cual ninguna jurisdicción nacional puede desvincularse, sin actuar infringiendo la obligación de cumplir de buena fe la sentencia y hacer incurrir al Estado por su actuación jurisdiccional negligente y culpable en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

Es por ello que muchas cortes supremas y tribunales constitucionales en el ámbito regional han asumido expresamente en sus sentencias este deber jurídico explicitándolo claramente, de seguimiento de su jurisprudencia, así ocurre con la Corte Suprema Argentina, Chilena, de Costa Rica, de El Salvador, de México, de República Dominicana, de Uruguay, como asimismo, los Tribunales y Cortes Constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Guatemala.⁷

Esta perspectiva se ve reforzada en el contexto latinoamericano por la fuerte interrelación entre derechos humanos y Constitución, donde los derechos fundamentales aparecen claramente conformados en sus atributos y garantías tanto por la fuente

5. CorteIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/09/2006. Serie C No. 154, párrafos 124-125.

6. CorteIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2006. Serie C No. 158, párr. 128; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29/11/2006. Serie C No. 162, párr. 173; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12/08/2008, serie C No. 186, párrafo 180; Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2009. Serie C No. 209, párrafo 339. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26/05/2010. Serie C No. 213, párrafo 208, nota 307; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/08/2010. Serie C No. 214, párrafo. 311; Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30/08/2010. Serie C No. 215, párrafo 234; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2010; Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011 Serie C No. 221, párrafo 193.

7. Esta materia la abordaremos específicamente en otro artículo que forma parte de este proyecto de investigación, que se encuentra en preparación.

constitucional como por las fuentes del derecho internacional, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos con fuente interna e internacional. Ello es especialmente claro a partir de los nuevos textos constitucionales o las reformas a los ya vigentes que ocurren en las últimas dos décadas del siglo XX y los primeros años de este nuevo siglo XXI.⁸

Así puede sostenerse que las citas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las jurisdicciones nacionales ordinarias y de carácter constitucional por la obligatoriedad de su contenido, constituye una forma de comunicación transjudicial con algunas características de verticalidad, sin perjuicio de que puede llevar a un diálogo jurisdiccional, como ocurre cuando la Corte Interamericana de

8. Desde 1980 hasta el presente se han concretado las siguientes disposiciones en constituciones nuevas o reformadas: La Constitución Chilena, reformada en 1989, en su art. 5º, inciso 2º, determina que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". La reforma constitucional argentina de 1994, incorpora a la Carta Fundamental, en su artículo 75, numeral 22, que establece las atribuciones del Congreso, la especificación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ellos son: "la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara." "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". La Constitución Boliviana de 2009, en su art. 410 explicita con meridiana claridad la idea del bloque de constitucionalidad, determinando: "II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas del Derecho Comunitario, ratificados por el país". La Constitución de Brasil de 1988, art. 4, determina que "la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II - Prevalencia de los Derechos Humanos". A su vez, en la enmienda constitucional N° 45 de 2004, estableció en su art. 5º, § 3º que "Los tratados y convenios internacionales aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos votaciones, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales", con lo cual los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. La Constitución de México, reformada el 10/06/2011, en su art. 1º determina: "Art. 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece." La Constitución de República Dominicana de 2010, en su capítulo III, art. 74 determina en su numeral 2 y 3: "2. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado Dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los Tribunales y demás órganos del Estado". La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

Derechos Humanos cita en sus fallos sentencias de los tribunales constitucionales o de las cortes supremas nacionales, como ocurre para citar un caso reciente de 2011, con el caso "Gelman vs. Uruguay", donde la Corte Interamericana cita diversas sentencias de países latinoamericanos y europeos.⁹

A su vez puede señalarse un tipo de comunicaciones transjudiciales o de diálogo horizontal espontáneo y libre entre la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos, aún en contextos parcialmente disímiles, pero con una base jurídica común, de enriquecimiento mutuo, con una deferencia necesaria, aún cuando asimétrico por la cantidad de sentencias acumuladas en uno y otro sistema y la cantidad de sentencias que se producen anualmente, como asimismo la mayor riqueza de derechos analizados por la jurisdicción europea en materia de derechos de reunión, asociación, derechos políticos, familia, integridad moral, para solo señalar algunos tópicos, aún cuando la Corte Interamericana ha podido aportar a la jurisdicción europea en materia de derecho a la jurisdicción, obligación de investigar y sancionar, derecho a la verdad, entre otros aspectos.

1.2. El diálogo entre tribunales

La expresión diálogo de los jueces es utilizada de manera habitual en forma ambigua para describir el fenómeno a través del cual algunas jurisdicciones consideran, en diversas modalidades los precedentes de jurisdicciones no nacionales provenientes de un Estado Extranjero o de una jurisdicción internacional o supranacional. Si se utilizara en forma precisa el vocablo diálogo implica bidireccionalidad en oposición a monólogo y fertilización cruzada del uso del derecho, vale decir, un intercambio de argumentos de ambas partes, lo que implica necesariamente un conocimiento cabal de los fallos del otro, dicho diálogo no necesariamente implica siempre acuerdos en enfoques y soluciones, sino que también implica reconocer diferencias contextuales, orgánicas y normativas. Dicho diálogo implicará migración de principios o razonamientos considerados válidos de un tribunal a otro, como ha ido ocurriendo por ejemplo con el principio o postulado de proporcionalidad, como asimismo, de contenido esencial de los derechos, para señalar solamente algunos ejemplos de dissemination de principios que han sido asumidos por prácticamente todas las jurisdicciones constitucionales, aunque no necesariamente se explicita formalmente el haber asumido tal perspectiva. Dicho diálogo entre jueces y tribunales implica una forma de intercambio directo de argumentos entre jueces y cortes en el ejercicio de su función jurisdiccional, integrándose en las relaciones entre las jurisprudencias de los diversos tribunales y cortes. El diálogo jurisdiccional constituye así el procedimiento a través

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011, Serie C No. 221.

del cual diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas frente a diversos problemas que deben resolver jurisdiccionalmente. El diálogo transjudicial implica libertad, apertura, equilibrio, persuasión, ausencia de visión hegemónica.

En materia de diálogos jurisdiccionales puede distinguirse los diálogos realizados entre jueces, tribunales y cortes que no se encuentran vinculados por el orden jurídico nacional ni internacional o supranacional, que se denomina como diálogo horizontal, el cual se diferencia de los diálogos verticales, donde el uso del razonamiento, argumentación o interpretación existente en un determinado fallo o precedente jurisprudencial debe necesariamente ser tenido en consideración por otros tribunales en virtud de una vinculación jurídica que determina la obligación de su seguimiento, donde la autonomía y libertad de una de las jurisdicciones está condicionada por su vinculación jurídica a la otra; y de diálogos verticales-horizontales, en los cuales si bien existe un vínculo jurídico y una relación de asimetría entre quienes participan del diálogo, ambos se retroalimentan con sus razonamientos, interpretaciones y decisiones jurisdiccionales. Puede sostenerse que el diálogo transjudicial tiene como objetivo la colaboración constructiva entre los diversos interlocutores con el objeto de buscar las mejores soluciones para problemas jurídicos similares.

Los diálogos o comunicaciones transjudiciales horizontales son los auténticos, son aquellos que se desarrollan entre tribunales de un mismo nivel, donde el diálogo es libre y espontáneo, de uso voluntario, actúan por persuasión, ya que no deriva de ninguna obligación jurídica internacional ni constitucional,¹⁰ lo que se facilita cuando se participa de una identidad cultural, de compartir un mismo sistema jurídico y del desarrollo de comunes métodos de razonamiento jurídico, de una identidad con el Estado constitucional democrático; aunque la no existencia de todos estos factores, no impide el intercambio de ideas y de razonamientos, aún en contextos disímiles, como ocurre entre el diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún cuando los contextos políticos y culturales en que operaban, en las décadas de los años 70 a los 90 del siglo XX, eran significativamente diferentes, siendo más similares a partir del último decenio del siglo pasado. En este tipo de comunicaciones se insertan también los usos de las jurisprudencias constitucionales de otros estados por parte de un tribunal constitucional nacional.

Los diálogos o comunicaciones transjudiciales verticales, son aquellas que establecen una vinculación jurídica en virtud del derecho internacional o supranacional entre los tribunales nacionales y los tribunales internacionales o supranacionales, relación que muchas veces es de carácter unidireccional, implicando el seguimiento

10. Guido Smorto. L'uso giurisprudenziale della comparazione. Ponencia en Convegno Aristec "Scienza giuridica e prassi", Palermo, Italia, 26 al 28/11/2009, p. 1; Anne-Marie Slaughter. "A typology of transjudicial communication". 29 University of Richmond Law Review, 1994, p. 124.

de los tribunales nacionales de sentencias o estándares fijados por los tribunales internacionales o supranacionales que tienen un carácter vinculante para los operadores jurídicos domésticos,¹¹ producto de obligaciones convencionales.

Este diálogo o comunicación transjudicial de carácter más vertical se facilita en el caso regional latinoamericano en relación al espacio europeo por una mayor homogeneidad cultural, aunque no siempre ideológica, como asimismo, por compartir un mismo reconocimiento de derechos humanos y los instrumentos que los contienen, los que por regla general, se consideran parte del propio sistema jurídico, conformando un verdadero *ius commune* o *lingua franca* en base a los cuales se dota de jurisdicción a tribunales internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito regional americano, con la auto exclusión de Estados Unidos y Canadá. Así en nuestros países unos mismos derechos tienen dos niveles de protección la constitucional y la convencional, la nacional y la internacional, lo que requiere que los jueces nacionales e interamericanos se muevan en la misma dirección, en una perspectiva de cooperación coordinada y constructiva, especialmente cuando dicha perspectiva viene exigida desde los mismos textos constitucionales, produciéndose el doble movimiento de constitucionalización de los derechos asegurados en el sistema interamericano y, en muchos casos, de los tratados que lo conforman, los cuales sin dejar de ser derecho internacional, son, a la vez, derecho interno; como asimismo, una internacionalización del derecho constitucional. A su vez, las jurisdicciones domésticas se constituyen al incorporarse el derecho convencional como derecho interno, en jueces que deben aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo presente que dichas normas han sido objeto de una interpretación auténtica y final por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin perjuicio, que dicha normativa e interpretación es dinámica en el tiempo. Así, los tribunales nacionales deben aplicar e interpretar los derechos fundamentales dentro del marco del estándar mínimo asegurado por el derecho convencional y la interpretación del mismo formulado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La cooperación constructiva entre las jurisdicciones nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos es necesaria para el correcto funcionamiento tanto de los sistemas jurídicos nacionales como del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Esta cooperación constructiva a favor de los derechos exige buena fe en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, un diálogo constante y de permanente desarrollo y una voluntad efectiva de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, que son la base de una mejor calidad de vida de cada uno y todos los seres humanos en los ámbitos nacional, regional y mundial.

11. Didier Maus. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. In: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N° 80, 2009, p. 682.

El diálogo de jueces y entre jurisdicciones constitucionales se presenta en mayor medida en el derecho constitucional y respecto de los derechos fundamentales, ya que este tiene en su contenido muchos enunciados normativos que operan más como principios que como reglas,¹² lo que aumenta la función de los jueces en su interpretación y desarrollo del razonamiento judicial en los casos específicos y en el control abstracto de inconstitucionalidad.

2. Los jueces como protagonistas de la circulación jurídica a través de sus sentencias

A partir de los trabajos de Anne-Marie Slaughter,¹³ y de Bruce Ackerman, "The Rise of Word Constitutionalism",¹⁴ se hace presente en la doctrina constitucional la función que desempeñan los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, mediante la utilización de argumentos "extra sistémicos" en las sentencias, como son las alusiones al derecho extranjero, al derecho internacional y a las sentencias de los respectivos tribunales constitucionales o a las jurisdicciones internacionales, especialmente a aquellas con competencia sobre derechos humanos.

Recordemos las palabras de Zagrebelsky, en su discurso como Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana en el 50º aniversario de la misma,¹⁵ las cuales podemos encontrar actualizadas en su trabajo "El juez constitucional en el siglo XXI", en el cual nos señala:

Si se admite que el derecho no es sólo voluntad formalizada en ley y que la ley es una parte y no todo, no hay dificultad para las jurisprudencias constitucionales a abrirse a la consideración de los elementos constitucionales materiales del constitucionalismo actual, no en contra, pero a través de las normas constitucionales de principio, las cuales tienen que ser interpretadas y aplicadas. Este tipo de normas, formuladas con el recurso de conceptos que, para valer, tienen que ser conceptualizados a través de concepciones, constituyendo el salvoconducto para la circulación de las experiencias constitucionales entre órdenes distintos y por su recepción en tribunales constitucionales.

(...)

"En este cuadro se coloca la propensión actual, cada vez más marcada, de la práctica y de la ciencia del derecho constitucional a "mirar más allá".

12. Ver, Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Ver asimismo: Leticia Gianformaggio. L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. In: *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino: Giappichelli, pp. 97 y ss.; Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 1996.

13. Anne Marie Slaughter. A typology of transjudicial communication. *29 University of Richmond Law Review*, 1994, pp. 99-137; A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, Volumen 44 N°1, invierno de 2003; A new World order, Princeton University Press, 2004, Cuarta impresión 2005.

14. Bruce Ackerman. The rise of Word Constitutionalism. 1997, In: *83 Virginia Law Review*, 1997, pp. 771 y ss.

15. Gustavo Zagrebelsky, "Corti Costituzionali e diritti universali", En: *Revista Trimestrale di diritto Pubblico* N° 2, 2006, pp. 297-311.

(...)

Hoy, a diferencia del pasado, un constitucionalismo exclusivamente nacional se condenaría progresivamente a la impotencia y a la marginación de una ciencia que pierde progresivamente el control de la misma materia. La actitud abierta no es un lujo, un accesorio; es una necesidad vital. Los órganos de la justicia constitucional han venido construyendo un círculo de relaciones consolidadas y a veces institucionalizadas en asociaciones, conferencias, intercambios de experiencias entre Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas y Altas autoridades de garantía constitucional. Desde hace tiempo se desarrolla una generación de constitucionalistas con un estilo de vida "cosmopolita", que hacen de la comparación la esencia de sus búsquedas. Centros académicos de investigación de todo el mundo contribuyen eficazmente a un diálogo que, entre todos los que se desarrollan sobre los grandes temas del derecho público, son ciertamente entre los más fructíferos. Todo esto es una evidencia llena de sentido, por la facilidad de la comprensión recíproca, la espontaneidad de las discusiones y la muy frecuente concordancia de intenciones.¹⁶

Es necesario tener presente también el aporte de Peter Häberle, el que en su obra constitucional ha planteado e impulsado la consideración del derecho comparado como quinto método de interpretación del derecho.¹⁷

2.1. La comunicación transjudicial o el diálogo jurisdiccional entre jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional en materia de derechos humanos

El llamado **diálogo jurisdiccional vertical o regulado**¹⁸ es aquel que se establece entre tribunales internacionales o supranacionales cuya jurisdicción emana del derecho internacional de los derechos humanos o de un derecho supranacional, que establecen reglas procesales que limitan la libertad del juez nacional en el diálogo con el juez internacional, como asimismo por el carácter vinculante de las decisiones de dichos tribunales internacionales para el Estado Parte y sus órganos constituidos. Las jurisdicciones nacionales no pueden aplicar las normas constitucionales de derechos fundamentales sin integrarlas con los atributos y garantías de los derechos asegurados por las fuentes válidas y vigentes del derecho internacional, estando ante un derecho abierto al derecho internacional y un derecho viviente que es objeto de interpretación y actualización los la jurisdicción internacional como nacional. Sin perjuicio de esta dimensión de comunicación transjudicial con dimensión vertical en el sentido ya señalado, es también una comunicación o diálogo con rasgos horizontales, ya que la

16. Gustavo Zagrebelsky, "El juez constitucional en el siglo XXI", en: Eduardo Ferrer Mac Gregor, Cesar de Jesús Molina Suarez, (Coords), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México D.F., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 18.

17. Peter Häberle, 'Métodos y principios de la interpretación constitucional'. En: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord), *Interpretación constitucional*, Tomo I, Ciudad de México, D.F. Ed. Porrúa, 2005.

18. Laurence Burgogues-Larsen, "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial", En: *Asociación de Constitucionalistas españoles*, El derecho constitucional europeo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

Corte Interamericana utiliza también la jurisprudencia de los tribunales superiores nacionales y de las jurisdicciones constitucionales locales en ciertas oportunidades para reforzar sus propias sentencias, en suma podríamos señalar que estamos en presencia de una comunicación transjudicial y un diálogo que tiene dimensiones verticales y horizontales.

La recepción de ciertos tratados de derechos humanos ha significado la inserción de los Estados a un sistema abierto de protección de los derechos humanos, los que, además de encontrarse en constante evolución, albergan una imprevisible fuerza expansiva. Tal es el caso de la vigencia en Chile y en todos los países latinoamericanos del Pacto de San José de Costa Rica, que trajo al derecho interno de cada Estado todo el sistema americano de promoción y protección de los derechos humanos, esencialmente por medio de la vía del amparo interamericano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, no sólo debe atenderse al tratado incorporado, sino incluso a las decisiones que adoptan los órganos internacionales, además de las resoluciones y jurisprudencia que de ellos emana. Se plantea así que la línea jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales internacionales debe servir de guía o pauta interpretativa a las decisiones de los órganos internos, particularmente a los tribunales de justicia.

Este análisis es posible a partir de la apertura estructural de las Constituciones latinoamericanas con diversos matices al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como ocurre en Chile con el art. 5º inciso 2º de la Constitución y los derechos asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes, como asimismo con el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria y vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es un hecho fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos concretan la delimitación y fijación de contenidos mínimos de los derechos fundamentales y los criterios con que se interpretan estos en el ámbito de los Estados Partes de la CADH, tales resoluciones constituyen un canon o instrumento interpretativo que las jurisdicciones nacionales deben seguir, ya que además de los efectos directos que producen para el Estado y caso concreto, tienen un efecto indirecto o interpretativo contenido en su ratio decidendi. La jurisprudencia de la Corte Interamericana genera un efecto de cosa interpretada con carácter vinculante. La Corte Interamericana genera para los Estados Partes un parámetro de mínimos que nunca puede ser rebajado por estos últimos, los cuales deben adecuar sus actos y normas a dicho parámetro y actuar de conformidad con este, ello se deriva de las obligaciones generales de los Estados Partes contenidos en los art. 1º y 2º de la CADH.

El *acquis conventionnel* contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre Derechos humanos, el Protocolo de San Salvador e instrumentos complementarios, por una parte, y por otra, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen el acervo

básico de la *opinio communis* interamericana o patrimonio común en materia de derechos fundamentales con un contenido necesario y común a escala regional, oponerse las peculiaridades o identidades nacionales más allá de lo que la propia Corte Interamericana acepte. Cabe agregar que, en el ámbito latinoamericano, este orden público latinoamericano en materia de derechos, constituye en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales parte de los mismos, por decisión expresa de los constituyentes originarios o instituidos. No debe olvidarse que, en esta materia, la Corte Interamericana ha recordado a los tribunales nacionales el deber de realizar el **control de convencionalidad**, tema abordado específicamente en un caso chileno, “Almonacid Arellano vs. Chile”, como ya hemos analizado anteriormente. Estamos así en presencia de un diálogo jurídicamente **obligado** para evitar la generación de responsabilidades internacionales por violación de derechos fundamentales por parte de las jurisdicciones nacionales y **directo** en la medida en que se produce sobre el contenido de un instrumento convencional que sin dejar de ser derecho internacional es, generalmente también, derecho constitucional del respectivo Estado Parte.

Como señala De Vergottini, en esta materia las cortes nacionales en sus resoluciones deben garantizar una “**compatibilidad constructiva**” y una armonía con las disposiciones vinculantes de la Convención y de sus órganos jurisdiccionales de aplicación que condicionan y cuasi predeterminan la decisión del juez nacional,¹⁹ como asimismo una interpretación conforme con los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos, como lo exige los arts. 1º y 2º de dicha Convención, sin perjuicio de la aplicación del principio de buena fe, *pacta sunt servanda* y de no poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales (arts. 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Debe tenerse presente que las resoluciones judiciales nacionales pueden ser impugnadas como hechos violatorios de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre lo cual la Corte Interamericana tiene la última palabra.

Así, en el diálogo vertical-horizontal entre Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurisdicciones ordinarias y constitucionales nacionales se produce una interacción más estructurada y necesaria, donde la libertad del diálogo está limitada por la vinculación jurídica y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana, debiendo haber, por regla general, un seguimiento de los tribunales nacionales de buena fe de la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte Interamericana, donde el “margen de apreciación” es bastante estrecho para las jurisdicciones nacionales, a

19. Giuseppe De Vergottini. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna: Ed Il Mulino, 2010, p. 53.

diferencia de lo que ocurre en el caso europeo,²⁰ producto de las distintas realidades jurídicas y contextuales.

Cabe señalar que esta comunicación transjudicial o diálogo jurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana, se encripta por los tribunales nacionales y no aparece sino como manejo de pautas, principios y razonamientos que no explicitan la fuente en la que la corte o tribunal bebió al redactar las sentencias, es una comunicación oculta ya sea asumiendo o discrepando de la jurisprudencia de la Corte Internacional como establece Martinico;²¹ en otras oportunidades el uso de la jurisprudencia internacional es explícita y transparente. Por otra parte, es necesario tener presente que los tribunales nacionales son los que en primer lugar, en cada uno de los estados partes del sistema interamericano, deben asegurar y garantizar el goce y ejercicio efectivo por parte de las personas sometidas a su jurisdicción de los derechos fundamentales, debiendo interpretar y aplicar el derecho convencional de los derechos humanos, ya que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo conocerá de la materia una vez que se hayan agotado las vías jurisdiccionales ordinarias nacionales, en virtud del principio de subsidiaridad y su actividad de suplencia frente a la acción de los operadores jurídicos nacionales. Para el sistema interamericano es relevante que la violación de derechos y normas convencionales pueda ser resuelto el ámbito nacional por las jurisdicciones domésticas, teniendo en consideración los estándares mínimos fijados en el ámbito interamericano, no otra cosa es el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales, en el cual se deben aplicar los principios favor persona y de progresividad, debiendo encontrar soluciones jurisdiccionales compatibles con el sistema interamericano, respetando los estándares mínimos establecidos por este último. Hay así lugar a una cooperación constructiva entre jurisdicciones nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde pueden operar diversas soluciones nacionales compatibles con los estándares interamericanos.

2.2. Las modalidades de utilización del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de las cortes internacionales por las jurisdicciones domésticas

Es posible constatar así que las jurisdicciones nacionales pueden utilizar el derecho internacional de los derechos humanos ratificado y vigente en diversas modalidades, siendo éstas principalmente las de **argumento de autoridad**; como **criterios interpretativos** de los derechos; como **control de convencionalidad** con el objeto de evitar

20. J. García Roca. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid: Editorial Civitas, 2010.

21. G. Martinico. “Judging in the multilevel Legal Order: Exploring the techniques of Hidden Dialogue”, en: *Kings Law Journal*, v. 21, 2010, pp. 257-281.

incurrir en responsabilidad internacional; y como **precedente para resolver asuntos de cierta complejidad fáctica**.

El uso del **argumento de autoridad** está dado por la cita de instrumentos internacionales de derechos, más o menos desarrollada o detallada, como actuación de conformidad o compatibilidad con el mismo. Una forma de utilización es la consi-deración de un derecho extraído del derecho convencional que no se encuentra en el texto constitucional o de atributos o garantías del derecho y que se consideran como parte del bloque constitucional de derechos, siendo parámetro de control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales, lo que lleva a reconocer la delimitación y configuración del derecho constitucional con ese nuevo contenido. Una segunda modalidad, más común, en que aparece este argumento de autoridad. Una en la manifestación de la sintonía entre estándar internacional y estándar constitucional, a través de la mención de las disposiciones de la Convención o la referencia a resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos más genérica o más específica, manifestando la compatibilidad de las normas constitucionales con el estándar interamericano. Una tercera modalidad específica es el uso de la jurisprudencia de tribunales o cortes internacionales de derechos humanos opera como elemento que apoya la decisión adoptada por la jurisdicción doméstica en base a las disposiciones constitucionales nacionales, utilización del derecho convencional de derechos humanos que si bien no agrega ningún elemento a la configuración del derecho, si refuerza una argumentación de la jurisdicción doméstica, que corrobora la opción adoptada por el mismo, pudiendo ir dicha cita acompañada o no de alguna explicación. Una cuarta forma o modalidad es la referencia por las resoluciones domésticas a anteriores sentencias del mismo tribunal o jurisdicción constitucional en que se ha citado al derecho internacional convencional de derechos humanos o a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una segunda modalidad es la **integración o la asunción de criterios interpretativos que determina el derecho convencional de los derechos humanos** o los estándares de su utilización fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el Tribunal o Jurisdicción Constitucional pertinente adecua sus criterios a los de la jurisdicción internacional. Ello puede considerar también una evolución del canon interamericano de derechos humanos, actualizado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que implica una reacción más o menos rápida del Tribunal Constitucional para adecuarse a dichas pautas, como ocurre en el caso de la incorporación de criterios interpretativos por parte del Tribunal Constitucional de aquellos postulados interpretativos utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (principio del efecto útil, el principio favor persona, el principio de progresividad, el principio de proporcionalidad etc.). En estos casos no se incorporan nuevos atributos de los derechos, sino solo una regla interpretativa respecto del análisis de constitucionalidad de una determinada medida

que lesiona un derecho o una nueva regla de resolución de conflictos entre derechos fundamentales (principio de concordancia práctica; principio de optimización).

Una tercera modalidad de uso del derecho convencional internacional de derechos humanos, en especial, de la Convención Americana de Derechos Humanos, es como mismo de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es como elemento que permite asumir el **control de convencionalidad**,²² y el cumplimiento de los estándares mínimos de respeto y garantía de los derechos humanos, además de corroborar el test de constitucionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional, con el objeto de evitar el riesgo de posible responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos, que pueda determinar la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La forma en que se concreta esta modalidad es mediante la realización de un test de conformidad en que el Tribunal Constitucional muestra la coincidencia de sus criterios con los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como estándares mínimos de los derechos asegurados y garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Una cuarta modalidad es la utilización de sentencias de la Corte Interamericana como precedente para asuntos de cierta complejidad fáctica, en los que concurren diversas variables y estas pueden combinarse de diversas formas, utilizando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como ejemplo de soluciones existentes para cada combinación de elementos.

2.3. La función del control de convencionalidad

El "control de convencionalidad"²³ al que hace referencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, genera dos movimientos en el ámbito jurídico regional americano. Un movimiento centralizador en materia de derechos humanos por el rol que juega la Corte Interamericana a través de sus sentencias vinculantes con obligación de resultado para los Estados Partes (art. 68 CADH) y el valor jurisdiccional de sus sentencias, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos regionales complementarios, de lo cual deriva la calidad de "cosa interpretada", *ratio decidendi* que debe ser seguida de buena fe por los órganos de los Estados Partes en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, especialmente por el escaso margen de apreciación que

22. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: *Observatorio da Jurisdição Constitucional*, ano 4, 2010/2011, Brasília, 2010, pp. 1-29.

23. Víctor Bazán, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable". In: *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México, 6 al 10 de diciembre de 2010, pp. 1-17. Sobre la materia, ver también: Susana Albanesse (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2008; Juan Carlos Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)". In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 10, julio-diciembre 2008, México: Ed. Porrúa, 2008, pp. 131-156.

la Corte Interamericana deja a los jueces nacionales. En efecto, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sirven no solamente para resolver los casos contenciosos en que ella es llamada a decidir, sino también como a través de la ratio decidendi de dichos casos y de las opiniones consultivas tiende a clarificar y determinar el sentido y alcance de las normas convencionales, contribuyendo a través de esas resoluciones a facilitar a los estados partes, el respeto de los compromisos convencionales asumidos. Esta es la autoridad de la "cosa interpretada", propia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en el ámbito europeo, de la Corte Europea de Derechos Humanos, en tanto que interpretes finales y auténticos de las respectivas disposiciones convencionales según las competencias atribuidas por dichas normas del respectivo orden público regional latinoamericano o europeo. Así, las jurisdicciones domésticas deben adherir a las reglas y principios que emanan con carácter general de cosa interpretada de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus líneas jurisprudenciales.

Por otra parte, un movimiento descentralizador, ya que la Corte Interamericana precisa que los jueces nacionales deben concretar también el control de convencionalidad conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que este es parte del respectivo sistema jurídico nacional, con aplicación preferente sobre el derecho de fuente interna, así los jueces nacionales concretan el control de convencionalidad cuando concretan la aplicación preferente de la convención sobre la legislación interna a lo que están obligados al haber el Estado ratificado dicha Convención, obligándose a cumplirla de buena fe, sin oponer obstáculos de derecho interno.

Dicho control de convencionalidad no solo se refiere al respeto y garantía de los derechos convencionales (art. 1º CADH), como asimismo, a adoptar medidas legislativas o de otro carácter para garantizar los derechos si ello no estuviere ya asegurado por el ordenamiento jurídico (art. 2º CADH), sino que implica un seguimiento también de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana en cuanto órgano de aplicación e interpretación final de la CADH, debiendo considerarse las normas convencionales en el marco de la interpretación efectuada por la Corte Interamericana, dando lugar a la "cosa interpretada" (*chose interprétée*). Este proceso lleva a una homogenización de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales de la región en virtud del *ius commune* interamericano, mediante un estándar mínimo asegurado en toda la región, lo que no significa uniformación, ya que los ordenamientos constitucionales pueden asegurar un mayor nivel de atributos y garantías de los derechos que el que establece el sistema interamericano, como asimismo puede asegurar más derechos que los contemplados en el sistema regional, este último es siempre un sistema de mínimos que deben ser garantizados, dentro de un contexto de Estado constitucional democrático.

De acuerdo a este control de convencionalidad, los atributos y garantías que integran los derechos esenciales asegurados por el derecho convencional y las normas de

ius cogens tienen una función de parámetro de control en el juicio de legitimidad del ordenamiento jurídico interno que no cumpla los estándares mínimos de respeto y garantía de los derechos humanos. Así los jueces nacionales deben aplicar preferentemente los atributos y garantías asegurados por el derecho internacional de derechos humanos que emanan de las fuentes del derecho internacional válido y vigente, frente a las normas jurídicas infraconstitucionales que lo contravienen, aplicando los postulados favor persona, de efecto útil, de progresividad y de conformidad con la convención. Esta es una tarea de aplicación preferente y no de jerarquía normativa. Esta aplicación hecha por todos los tribunales nacionales ordinarios y especiales como control de convencionalidad se caracteriza por tener como parámetro de control la CADH, diferenciándose claramente del control de constitucionalidad que tiene como parámetro de control el texto formal de la Constitución.

Otro aspecto que debe considerarse como parte de este control de convencionalidad, es que es un control que debe ejercerse *ex officio*, como lo ha determinado la Corte Interamericana en el caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú, que plantea el desafío de realizar este control por parte de los tribunales nacionales sin necesidad de que este sea requerido por las partes en los respectivos casos concretos en aplicación del principio *ius novit curia*, ya que los jueces nacionales deben conocer y aplicar el derecho vigente, siendo parte del mismo el derecho convencional de los derechos humanos.

Este control de convencionalidad es desarrollado, por regla general, por las cortes y tribunales ordinarios y constitucionales latinoamericanos, ya sea explicitándolo en sus sentencias o ejerciéndolo en forma implícita, independientemente de que este conforme o no formalmente el bloque constitucional de derechos e independientemente que el ordenamiento constitucional estatuya o no la interpretación conforme al derecho convencional internacional de derechos humanos.

En Chile, la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, como control de convencionalidad, en especial, los estándares sustentados en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, han sido asimilados por la Sala Penal de la Corte Suprema desde 2006, en el caso *Molco*, construyendo una línea jurisprudencial sobre la materia:

19º. Que, además de los informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, relacionados en la reflexión 15ª precedente, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, en numerosas sentencias, como verbigracia en los casos *Velásquez Rodríguez* (sent. de 29.07.88, Serie C Nº 4); *Godínez Cruz* (sent. de 20.01.89, Serie C. Nº 5) y *Blake* (sent. de 24.01.88, Serie C Nº 36), y muy especialmente, en la reciente "*Almonacid Arellano y otros versus Chile*", de 26.09.2.006, donde explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano,

como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos "es una norma de ius cogens y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general" (Consid. 99°).

20°. Que similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por la propia Corte Interamericana en el "Caso Barrios Altos", al puntualizar que "son inadmisibles excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos" (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, Nº 75, pár. 41).

21°. Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.

22°. Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el art. 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, "valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (S.C.S., 30.01.1.996). (...)

25°. Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1.973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un "crimen contra la humanidad", no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional "homicidio" y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado.

26°. Que, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando "un solo acto cometido por un perpetrador" en tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa "numerosas ofensas para ser considerado responsable".

La prohibición de cometer estos crímenes "es una norma de ius cogens, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general" (consids. 96 y 99 de "Almonacid Arellano y otros versus Chile", cit.).²⁴

Así puede diferenciarse claramente el control de convencionalidad respecto del hecho de que los derechos contenidos en el derecho convencional internacional de derechos humanos se integre y forme parte del parámetro de control de constitucionalidad que exista en el respectivo país, de acuerdo a su sistema de control de constitucionalidad previsto constitucionalmente.

24. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol Nº Rol Nº 559-04., caso Molco, de trece de diciembre de dos mil seis, considerandos 19º-22º y 25º-26º.

En el caso chileno, no cabe duda que, los derechos esenciales asegurados por el derecho convencional internacional de derechos humanos, independientemente del control de convencionalidad que pueden ejercer jueces ordinarios y especiales, puede ser objeto de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional conforme al art. 93 Nº 6 de la Constitución o como parte de una acción de inconstitucionalidad de acuerdo al art. 93 Nº 7 de la Carta Fundamental, en la medida que exista una adecuada fundamentación de que los atributos que forman parte de la Convención o tratado internacional son elementos y garantías constitutivas de un derecho esencial, ya sea explícito o implícito en nuestro ordenamiento constitucional. Esta última perspectiva ya ha sido asumida por el Tribunal Constitucional chileno en algunas sentencias,²⁵ aún cuando esta utilización no es sistemática.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha integrado en el parámetro de control de constitucionalidad los derechos (atributos de tales derechos y sus garantías) asegurados por tratados y convenciones internacionales ratificados y vigentes, aún cuando esta perspectiva no es sistemática, como asimismo presenta un déficit significativo de consideración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia de lo que ocurre con las demás jurisdicciones constitucionales latinoamericanas. Sobre la materia estableceremos algunos fallos en que se ve este parámetro de control de disposiciones infraconstitucionales.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 576, se integra al parámetro de control de constitucionalidad la **prohibición de prisión por deudas** contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, argumentando, acertadamente, que no se estaba en el caso concreto en presencia de una **prisión por deudas**, sino que ante una apropiación indebida del empleador de dineros que eran de propiedad de los trabajadores, por lo cual no había una vulneración de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional abunda en razonamientos del porqué la norma legal chilena no vulnera las obligaciones en materia de respeto y promoción de derechos humanos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la cual reenvía el art. 5º inciso 2º de la Constitución, como reflexiona el Tribunal en su considerando vigésimo quinto y sexto:

Que por lo demás y a mayor abundamiento, contrariamente a lo sostenido por la requirente, el precepto legal en cuestión se encuentra en armonía con los deberes impuestos al Estado en

25. En el caso de la prohibición de prisión por deudas (rol Nº 576 de 2007, rol Nº 807 de 2007, rol Nº 1249 de 2008, rol Nº 1006 de 2009, rol Nº 1518-09 de 2010); el derecho a la identidad personal (rol Nº 834 de 2008 y rol Nº 1340 de 2009); el derecho a la revisión de la sentencia o derecho al recurso como atributo integrante del debido proceso o de las garantías judiciales en materia penal (roles Nº 986 de 2008, Nº 821 de 2008, Nº 1130 de 2008, Nº 1432 de 2010, Nº 1443 de 2010, Nº 1501 de 2010); el derecho a la presunción de inocencia (Rol Nº 993 y rol Nº 1152 de 2008); y el derecho de defensa y la Reformatio in pejus (rol 1250).

materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal como lo ordena el art. 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República, particularmente respecto de diversos tratados internacionales que prohíben la denominada "prisión por deudas". En ser será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual", esto es, una deuda emanada de un contrato civil. Sobre el punto, la doctrina ha señalado que esto significa que la privación de libertad basada en el incumplimiento de obligaciones legales, la privación de libertad para compeler al cumplimiento de una obligación legal ello no importa una vulneración de la prohibición de la prisión por deudas. (Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. N.P. Engel, Publisher. Kerl, Strasbourg, Arlington). De este modo, se ha concluido que las obligaciones contractuales a que suelen aludir los pactos internacionales dicen más bien relación con obligaciones civiles emanadas típicamente del derecho privado y no de aquellas establecidas por la ley. (Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary, Second Edition).

La misma perspectiva adopta el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol Nº 807, de 2007, donde determina que la Ley Nº 18.216, el legislador no ha dispuesto que se encarcele a una persona por no pagar una deuda, sino que ha establecido una condición para que a la persona condenada por un delito pueda concedérsele o mantener el goce del beneficio de cierta libertad.

El Tribunal Constitucional en sentencia Rol Nº 739 de 21/08/2007, incluye a la **presunción de inocencia** como principio contenido en el debido proceso, a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Así el considerando 8º de la sentencia precisa:

Octavo. Que dicho principio, que más bien se podría referir al "trato de inocente", importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones – como las medidas cautelares – tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación. La llamada "presunción de inocencia", como lo señala el requerimiento, está compuesta de dos reglas complementarias.

Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine iudicio).

Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo).

En Sentencia Rol 783 de 31/08/2007, el Tribunal Constitucional integra los **atributos y garantías del derecho al debido proceso** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8º, como asimismo el **principio de tipicidad** del art. 9º de la misma Convención.

El Tribunal considera, en este caso, como normas que forman parte del parámetro de control de constitucionalidad:

1.- (...). *Como normas constitucionales infringidas se invocan ocho preceptos contenidos en la Carta Fundamental y, en virtud de lo dispuesto en su art. 5º, se funda también la pretensión de inaplicabilidad en la contrariedad que las normas legales tendrían con cinco preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante Pacto de San José de Costa Rica. A fin de considerar y concluir acerca de cada una de las cuestiones planteadas de un modo sistemático, los razonamientos que siguen se agruparán en tres capítulos, cada uno de los cuales considerará tópicos de impugnación según el principio o valor constitucional que se alega infringido: El primero agrupará las alegaciones de contrariedad entre el debido proceso y ciertas disposiciones legales (II); el segundo, la falta de tipicidad legal suficiente de las faltas (III) y, por último, la vulneración del principio de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (IV).*

Agregando el Tribunal Constitucional en el punto 3 que:

3.- (...). *En resumen, alega que resolver de plano en primera instancia y en cuenta en segunda contraría las garantías de un debido proceso en cuanto a: a) la racionalidad y justicia que exigen el inciso quinto del número 3º del art. 19 de la Carta Fundamental y preceptos del Pacto de San José de Costa Rica; b) en cuanto al derecho a ser oído que garantiza el Pacto de San José de Costa Rica en el numeral 5º de su art. 8º; c) en cuanto al derecho a defensa que garantiza el inciso segundo del numeral 3º del art. 19 de la Constitución, y d) en cuanto a la publicidad que garantiza el inciso segundo del art. 8º de la Carta Fundamental.*

El Tribunal Constitucional centra en esencia su razonamiento en el considerando decimoprimer y decimosegundo en el cual considera que la norma jurídica cuestionada vulnera efectivamente las reglas del debido proceso, en virtud de las cuales determinará la inaplicabilidad de algunas de las disposiciones legales cuestionadas para el caso concreto considerado:

Que, en consecuencia, aun cuando se trate de un "resolver de plano" con las características antes indicadas, esta Magistratura concluye que resultaría contrario a un procedimiento racional y justo que la Corte de Apelaciones proceda de este modo, sin relación pública ni escuchar ella misma a la parte afectada al decidir los cargos que se formulan en contra de la requirente, pues lo que debe decidir en la gestión pendiente es una cuestión trascendente, no sólo para derechos esenciales de la requirente, sino también y especialmente delicada para la independencia de la que debe gozar un secretario cuando, obrando como juez subrogante,

dicta una sentencia definitiva. En la gestión pendiente, la Corte de Apelaciones habrá de resolver acerca de la conducta ministerial de una Secretaria de un Juzgado de Letras por las medidas que vienen recomendadas aplicarle se encuentra su suspensión, traslado y apertura de un cuaderno de remoción. Un justo y racional proceso exige que cuestiones de esa trascendencia para los derechos de la requirente, pero, sobre todo, para el buen servicio judicial y la independencia de sus magistrados, no sean resueltas de plano, sino en audiencia a la que tenga derecho a asistir la afectada. No se escapa a esta Magistratura de la causa, lo que demandará de ella un tiempo mayor que si lo conociera de plano, lo que naturalmente la distraerá de otras materias que también requieren de su tiempo para resolverse oportunamente. Con todo y por la trascendencia y delicadeza del tema, la racionalidad y justicia de los procesos, garantidos por la Carta Fundamental, exigen que así se haga.

A su vez, el Tribunal Constitucional ejerciendo su competencia en materia de control preventivo de constitucionalidad preventivo a requerimiento de un grupo de parlamentarios se pronuncia sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley en trámite parlamentario sobre responsabilidad penal juvenil, en la sentencia Rol N° 786, donde integrara al parámetro de constitucionalidad el interés superior del menor contenido en la Convención sobre Derechos del Niño.

Vigésimoséptimo: Que planteada, en esos términos, la cuestión de constitucionalidad sometida a la decisión de este Tribunal, ella debe ser necesariamente desechada, por las razones que se expresarán.

Cabe destacar, en tal sentido, que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del "interés superior" del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley N° 20.084 [...].

Vigésimotavo: Que, en ese contexto, no se divisa cómo una indicación parlamentaria destinada a eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado para aquellos adolescentes condenados por delitos que merezcan penas superiores a 5 años de privación de libertad, al menos durante los dos primeros años de la condena, pueda implicar una vulneración al inciso segundo del art. 5° de la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 29/09/2009, reafirma el uso del bloque constitucional de derechos fundamentales, utilizando el *derecho a la identidad* obtenido de la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, como parámetro de control de constitucionalidad de preceptos legales contenidos en el Código Civil, en específico para declarar inaplicable por inconstitucional el art. 206 de Código Civil:

Noveno: Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del art. 5° de la Carta Fundamental.

La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el art. 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol N° 834, considerando 22°).

Décimo: Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal – en cuanto emanación de la dignidad humana – implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del art. 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer.

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el art. 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta perspectiva es usual en las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas, donde no sólo se aplican los derechos (en sus atributos y garantías) asegurados en tratados de derechos humanos, sino que se aplican la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia última de interpretación y aplicación de dichos convenios y tratados, como podemos explicitar a través de algunos ejemplos específicos.

3. El diálogo jurisdiccional horizontal entre jurisdicciones constitucionales

El diálogo jurisdiccional horizontal se concreta entre jurisdicciones constitucionales, que como hemos señalado, es voluntario y espontáneo, como analizan Markenzis y Fedtke²⁶ donde determinados tribunales constitucionales utilizan la ratio decidendi de otros tribunales constitucionales para reforzar o para obtener criterios adecuados para resolver un problema constitucional, ya sea considerando dichos elementos en el cuerpo de la sentencia o en votos concurrentes o disidentes, lo que se hace cada vez más habitualmente. Este uso del argumento de derecho constitucional comparado tiene especialmente sentido cuando el análisis de los ordenamientos o jurisprudencia extranjera posibilita al interprete paradigmas de razonamiento jurídico que no están presentes en la lectura interna del problema sujeto a análisis, asimismo el uso del derecho extranjero es útil para verificar una cierta solución funcional en la práctica, posibilitando al tribunal formular un argumento empírico acerca de la consecuencia de una determinada solución al caso específico. Es posible ver también que en ciertas oportunidades el argumento al derecho comparado constituye solo un adorno o una demostración de erudición ya que no cumple ninguna función en el caso concreto, lo que no reviste ningún peso en la decisión jurisdiccional.

Por otra parte, es necesario considerar las actitudes y conductas de los jueces dentro de las jurisdicciones constitucionales, los hay que como veremos rechazan el diálogo con fuentes extranjeras ya que ello afectaría la identidad nacional;²⁷ hay tribunales que estudian y conocen el derecho y la jurisprudencia de las otras jurisdicciones constitucionales pero no las utilizan explícitamente en sus propias resoluciones judiciales, como se puede observar por regla general en los expedientes del Consejo Constitucional francés; hay tribunales que adornan sus resoluciones con precedentes extranjeros, pero estos no son atingentes a la ratio decidendi del fallo ni se incorporan a la argumentación; asimismo hay tribunales y jurisdicciones constitucionales que si recurren a la jurisprudencia extranjera y la utilizan adecuadamente, utilizando los principios y razonamiento en su argumentación sobre la ratio decidendi del fallo, mediante la construcción de categorías, modelos, clasificaciones y principios jurídicos que se utilizarán para resolver el caso concreto.

Por otra parte, hay un diálogo de jueces directo, cara a cara, a través de seminarios y encuentros multilaterales o bilaterales, en los cuales se invita frecuentemente a académicos, en que se reflexiona sobre materias de común interés, se exponen sentencias de algunas de las jurisdicciones participantes, o se analizan problemas

26. Basil Markesinis; Jörg Fedtke. *Giudici e diritto straniero: La pratica del diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 2009.

27. Ver por todos, el Juez Scalia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica y la crítica del uso de fuentes extranjeras en sus disidencias en los fallos *Roper v. Simmons*, 543 U.S. (2005) y *Lawrence v. Texas*, 539 U.S., 558 (2003).

comunes, lo que contribuye a la socialización de argumentos jurídicos empleados en la resolución de casos, como ocurre por ejemplo en las reuniones anuales de jurisdicciones constitucionales latinoamericanas con el patrocinio de la Fundación Konrad Adenauer, o los seminarios de la Asociación de Tribunales Constitucionales Europeos, las reuniones de la Asociación de Cortes Constitucionales que participan del uso del idioma francés (ACCPUF), y de la Comisión de Venecia, como asimismo la importante base de datos de esta sobre jurisprudencia constitucional (CODICES) de los tribunales constitucionales participantes en ella.

Es necesario precisar que en el caso del recurso a las experiencias extranjeras sean estas normativas o jurisprudenciales es una actitud espontánea de la respectiva jurisdicción constitucional, ya que no existe ningún argumento normativo para ello, sólo se concreta en virtud de lo que los propios magistrados consideran relevante y útil para resolver la controversia que está en sus manos.

El uso de sentencias y derecho extranjero como elementos de información comparativa, buscados generalmente con el objeto de instrumentalizarlos para legitimar una decisión pre adoptada, no tiene mucho de seriedad ni constituye un uso científico y adecuado del método comparativo, un uso más objetivo de la comparación requiere analizar el sistema jurídico en que opera la institución comparada, el conjunto normativo en que ella se inserta y su función en el mismo, el contexto en que opera la institución y la finalidad a la que sirve, como asimismo una justificación por parte del órgano jurisdiccional del porqué se utiliza dicha institución de ese ordenamiento constitucional o esa jurisprudencia y no otra, para distinguir un uso correcto y adecuado del derecho comparado y no un uso arbitrario y manipulativo del derecho extranjero.

Asimismo, es necesario afirmar que muchas veces no se trata de un diálogo entre jurisdicciones o tribunales, sino de un monólogo, en el que determinados tribunales citan jurisprudencia de otros sin que ello no genere ninguna interacción entre ambos tribunales, como ocurre frecuentemente con la cita de jurisprudencia de jurisdicciones constitucionales extranjeras, especialmente de Alemania, España, Francia o Italia por parte de nuestro tribunal constitucional. En tales casos los jueces de un determinado tribunal confrontan la jurisprudencia de otros tribunales y los argumentos y doctrinas utilizados en ellas con los parámetros, razonamientos y precedentes nacionales, como elementos a considerar en la construcción de la solución al caso concreto, lo que le permite tener conciencia crítica de sus propios argumentos y fuentes del derecho, frente a otras perspectivas similares o diversas existentes en el derecho comparado. La interacción entre identidades y diferencias es dinámica, lo que exige repensarlas constantemente. El recurso al derecho comparado permite tomar conciencia de la manera en que nos encontramos siempre en relación con otros y de que es posible aprender de esos otros, como asimismo para comprendernos mejor nosotros mismos, todo lo cual posibilita la construcción y desarrollo de un mejor constitucionalismo democrático para nuestra sociedad.

3.1. El uso del derecho no doméstico por las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado

Diversas y prestigiadas jurisdicciones constitucionales, entre las cuales se cuenta la Corte Suprema Norteamericana, en el último cuarto de siglo, ha debido abrirse al uso del derecho y precedentes extranjeros,²⁸ baste citar en la materia los casos *Thomson vs. Oklahoma* (1988), *Stanford vs. Kentucky* (1989), *Prinz vs. United States* (1997), o *Washington vs. Glucksberg* (1997), donde se debatió la constitucionalidad del suicidio asistido y la eutanasia. En la última década, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la materia en diversas sentencias, así pueden citarse los casos "*Atkins vs. Virginia*", (536 U.S. 304) de 2002, sobre la ejecución de la pena de muerte sobre una persona con retardo mental y la consideración de ella como pena cruel e inusual; la sentencia "*Lawrence vs. Texas*", (539 U.S. 558) de 2003 (donde la Corte se pronunció sobre la criminalización de comportamientos homosexuales adultos en privado, donde jugó un rol significativo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos); "*Roper vs. Simmons*", (543 U.S. 551) de 2005 (sobre la inconstitucionalidad de la pena de muerte para menores de dieciocho años), para solo citar algunos casos mas relevantes. Debe señalarse en la materia, la división de los jueces de la Corte Suprema en dos corrientes frente al uso del derecho extranjero, representados por una línea de oposición a citas del derecho extranjero como Rehnquist, Thomas y Scalia²⁹ y una línea de apertura al uso del derecho extranjero con los jueces Breyer, Stevens, Ginsbur, Kennedy y O'Connor, respectivamente. Todo ello en uno de los países tradicionalmente más cerrado y auto referente en materia jurisdiccional.

La doctrina constitucional norteamericana, en la misma perspectiva que la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana ha asimilado la conveniencia de consulta del derecho y la jurisprudencia extranjera e internacional en casos difíciles.³⁰ Una reciente obra considera que el derecho extranjero e internacional debe ser considerado como un lente crítico sobre el propio ordenamiento jurídico.³¹

28. Claire L'Hereux-Dubé, "The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court", en: *Tulsa Law Journal*, 14, 1998.

29. Antonin Scalia. *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton, Princeton University Press, 1997.

30. M. Tushnet, The possibilities of Comparative Constitutional law, in 108 *Yale L. J.*, 1999, 1225 ss.; S. Choudry, Migration As a New Metaphor in *Comparative Constitutional Law*, in Id. (cur.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge UP, 2006, p. 1 ss.; Toni Fine, "El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 6, julio-diciembre 2006, Ciudad de México, Editorial Porrúa - Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, pp 327-367.

31. Vicky Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.

A su vez, podemos considerar al Tribunal Supremo de Canadá³² y a la Corte Constitucional Sudafricana³³ entre los tribunales más abiertos al uso del derecho extranjero.

El Tribunal Supremo de Canadá sólo adquiere autonomía del Reino Unido en 1949, año en que se consideró que el parlamento canadiense podía otorgar la calidad de órgano de vértice superior al Tribunal Supremo, hasta dicho año los magistrados en sus decisiones jurisdiccionales seguían los cánones jurisprudenciales británicos. A su vez, desde los años ochenta del siglo pasado, en que Canadá introdujo su *Charter of Rights and Freedoms*, los magistrados del Tribunal Supremo utilizan el derecho extranjero como referente para dotar de contenido a los derechos asegurados en la Carta, donde se puede percibir una influencia creciente de los precedentes de otros tribunales extranjeros.³⁴

A su vez, la Corte Constitucional Sudafricana, tiene como apoyo de su apertura al derecho extranjero, la disposición del art. 39 de la Constitución de 1996, el cual determina que cuando se interpreta el *Bill of Right*, la Corte "debe tomar en consideración el derecho internacional y pueden tomar en consideración al derecho extranjero", lo que ha producido una rica jurisprudencia sobre la materia,³⁵ siendo famoso el caso *Makwanyane & Another* (3) SA 391 (CC) (S. Afr.) de 1995, en que la Corte consideró inconstitucional la pena de muerte, el texto de la sentencia cita muchos elementos de derecho comparado y precedentes extranjeros. En 1996 la Corte se pronuncia con uso del derecho extranjero sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales en *V. DuPlessis vs. De Klerk* (3) SA 850 (CC) (S. Afr.). A su vez, la Corte Sudafricana en el caso *The State vs. Williams and others* se pronuncia sobre una norma de la Ley de Procedimiento Criminal, que establece penas corporales de azotes a menores de edad, en la cual considera el derecho extranjero para luego pronunciarse sobre el caso

32. C.L. Ostberg, M.E. Wetstein, C.R. Ducat, "Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the citation of foreign Precedents by the Supreme Court of Canada", 34 *Canadian J. Pol. Sci.*, 2001, pp. 377, 394.

33. Andrea Lollini, "Argumentation based in Foreign Law: An example from case law of the South African Constitutional Court", *Utrecht Law Review* 2007, (3) 1. Christa Rautenbach, "Use of foreign precedents by South African Constitutional Judges: making sense of Statistics", VIII Congreso Mundial de la asociación internacional de Derecho Constitucional, México, 6 al 10/12/2010, Paper no editado, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/12/207.pdf> (último acceso en 03/09/2012).

34. Angioletta Sperti, "Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza piu recente", En: *Rivista di Diritto Costituzionale - Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa" N° 11-2006*, Turin: Giappichelli Editore, 2006, pp. 125-165; Tania Groppi, "La circolazione della giurisprudenza canadese sulla Carta dei diritti e delle libertà". Relazione al convegno: "La Carta canadese dei diritti e delle libertà", Genova, 28-29 settembre 2007, disponible en: <http://www.unisi.it/dipec/groppi5.doc> (último acceso en 03/09/2012); Basil Markesinis y Jörg Fedtke, *Giudici e diritto straniero: La pratica del diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 126; Rodrigo Brito Melgarejo, "El uso de sentencias extranjeras por los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo", en: *Revista para el análisis del Derecho*, Revista Indret 2/ 2002, p. 12-13; H. Patrick Glenn, The use of comparative law by common law courts in Canada, en: VV. AA. 1999, *The Use of Comparative Law by Courts*, XIV Congreso de derecho comparado, Editado por Ulrich Drobnig & Sjef van Erp., The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 59-78.

35. Andrea Lollini, "La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extrasistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana", in: *Rivista di Diritto Pubblico Comparato*, 1, 2007, pp. 479-523.

concreto, teniendo en consideración precedentes norteamericanos, canadienses, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como asimismo precedentes de Namibia y Zimbabwe, con lo cual demuestran la importancia en el ámbito internacional de la prohibición de penas corporales consideradas como degradantes. En el caso *Fose vs. Minister of Safety and Security*, donde debía resolver sobre el resarcimiento de daños sufridos como resultado de actos violentos de la policía contra una persona, el tribunal analiza legislación y precedentes de Estados Unidos, Reino Unido, Trinidad y Tobago, Irlanda, India, Alemania, Sri Lanka y Nueva Zelanda, lo que le permitió resaltar la particularidad de sus sistemas jurídicos y la adopción de una decisión fundada que se diferenciaba de los precedentes extranjeros. La Corte Sudafricana ha recurrido al derecho extranjero también para identificar diversos esquemas argumentativos con el objeto de determinar las matizaciones que pueden existir al momento de interpretar determinados contenidos normativos jurídicos, en cuyo caso pueden considerarse las sentencias *Lawyers For Human Rights and Ann Francis Eveleth vs. Minister of Home Affairs*, como asimismo *The State vs. Russel Mamabolo et al.*, entre muchas otras.

De acuerdo con el análisis estadístico de la profesora Rautenbasch de 372 juzgamientos de la Corte Constitucional Sudafricana entre 2005 y 2009, doscientos de ellos, alrededor del 54% del total de fallos consideran precedentes judiciales extranjeros, donde existe una alta cita de casos de Canadá, Estados Unidos, Alemania, India, Namibia y Zimbabwe.

Entre otras cortes y tribunales que ejercen jurisdicción constitucional y que se destacan por hacer uso del derecho y de precedentes jurisdiccionales extranjeros se encuentran también las de Argentina, Australia, Colombia, Israel, India, Irlanda, Nueva Zelanda, Reino Unido, Suiza y Portugal.

Entre los tribunales que con menor frecuencia hacen uso directo del derecho constitucional extranjero encontramos el Consejo Constitucional Francés,³⁶ lo que en parte se debe a la brevedad de las sentencias que impide referencias de carácter general, aun cuando este derecho extranjero es conocido por dicha jurisdicción constitucional a través de los informes de derecho que se tienen en consideración para abordar el análisis de los casos a resolver, los cuales consideran la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales sobre el mismo punto. Así el Consejo Constitucional, sólo en algunas oportunidades, explicita en sus sentencias esta jurisprudencia internacional o extranjera en apoyo o respaldo de sus decisiones jurisdiccionales.³⁷

36. Elice Carpentier, La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, universidad de Talca - Ed. Librotecnia, 2009, pp. 129-142.

37. Sobre la materia ver, G. Canivet, The practice of comparative law by the Supreme Courts: Brief Reflections on the Dialogue Between the judges in French and European Experience, v. 80 *Tul. L. Rev.* 1377, 2006, pp. 1377-1400.

La Corte Constitucional de Italia puede situarse entre aquellos tribunales que usan el derecho no domestico pero no lo explicitan a menudo, como señala Markensis.³⁸

La Corte Constitucional Italiana en su jurisprudencia tiene pocas referencias explicitas al derecho extranjero, entre estas últimas puede citarse la sentencia en que utilizará el derecho extranjero para el análisis del tema del estado civil del transexual en 1985,³⁹ la Sentencia de 24/03/1988, N° 364 sobre excusabilidad del error inevitable, que utiliza el argumento comparado para valorar la propia relectura del art. 5° de la Constitución Política⁴⁰ y la sentencia de 1/10/2003, N° 303,⁴¹ sobre reparto de competencias entre Estado y regiones en base al principio de subsidiaridad, en que se considera la experiencia comparada constitucional de Alemania y Norteamérica.⁴² Sin embargo, la Corte Constitucional italiana desarrolla un seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, como ocurre en materia de desafuero e inviolabilidad de parlamentarios, abandonando su tesis de excluir a terceros que se entendían afectados por expresiones de los parlamentarios, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, determinando que "la prohibición de intervención al tercero ofendido, además de contravenir cláusulas constitucionales, violaba el art. 6° del CEDH "tal y como lo aplica la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo (cfr. Últimamente, sentencias *Cordova c. Italia*, N° 40877/1998 y *Cordova c. Italia II*, N° 45649/1999, ambas de 30 de enero de 2003)",⁴³ en la misma perspectiva, en relación con el proceso equitativo, la Corte Constitucional Italiana ha precisado que el proceso debe concretarse en plazos breves pero debe ser justo, por tanto respetuoso de los derechos implicados, y el juez estatal está vinculado en su interpretación por los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo.⁴⁴

La Corte de Casación Italiana sigue la misma línea de la Corte Constitucional, hay escasas sentencias con citas de derecho extranjero, entre ellas puede señalarse la sentencia de 29/07/2004, N. 14.488, sobre malformación del nacido no diagnosticada por el médico (*Wrongful life*);⁴⁵ y el famoso "caso Englaro"⁴⁶ de 2007, en decisión sobre eutanasia, en que la Corte abundó en el análisis de decisiones extranjeras,⁴⁷ donde la jurisprudencia inglesa, norteamericana, alemana, francesa, ocuparon un lugar relevante,⁴⁸ lo que constituyó una apertura al derecho extranjero no común

38. Markesinis, Basil. Fedtke, Jorg. (2005). p. 26 y ss.

39. Corte Constitucional, 24.5.1985 N° 161, *Giur. Const.* 1985, I, 1173.

40. Corte Constitucional, 24.3.1988 N° 364, *Giur. Cost.* 1988, I, 1504.

41. Corte Constitucional, 1.10.2003 N° 364, *Giur. Cost.* 2003, 5.

42. Guido Smorto, "L'Usso giurisprudenziale della comparazione", en: *Europa e diritto privato* 1/2010, 2010, p. 226.

43. De Vergottini, Giuseppe, (2011), p. 154.

44. De Vergottini, Giuseppe, (2011), p. 155.

45. Corte de Casación, 29.7.2004 N° 14488.

46. Corte de Casación, 16.10.2007 N° 21748.

47. Sentencia de la Corte de Casación del 16/10/2007 sez. I civile, N° 21748.

48. Guido Smorto, "L'Usso giurisprudenziale della comparazione", en: *Europa e diritto privato* 1/2010, 2010, p. 226.

ni frecuente en la jurisdicción italiana,⁴⁹ aún cuando pueden encontrarse diversas sentencias con referencia al derecho extranjero en cuestiones específicas de derecho civil, comercial y administrativo.⁵⁰

La *Corte Constitucional alemana* es otra de las Cortes que se mide bastante en la cita en sus sentencias del derecho constitucional o de jurisprudencia extranjera, aún cuando pueden considerarse diversas sentencias en que tiene en consideración este derecho o jurisprudencia constitucional extranjera para resolver materias constitucionales.

En el ámbito de la protección de los derechos fundamentales las cortes de los países europeos tienen presente en forma permanente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no siempre lo explicitan y no pocas veces lo encriptan en sus resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional de España es una jurisdicción constitucional que utiliza frecuentemente el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea en la materia, como asimismo que, en sus inicios utilizó frecuentemente el derecho y la jurisprudencia constitucional no doméstica, lo que ha disminuido en los últimos años, cuando ya ha establecido un cuerpo dogmático ya más consolidado. Santana Herrera analiza las sentencias del periodo 2005-2007 que utilizan el derecho no doméstico,⁵¹ rastreando referencias respecto de instituciones de derecho constitucional, civil y penal.

En materia de derecho civil, encontramos la sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005 de 21 de diciembre, que para precisar el instituto jurídico de la fundación en España, reflexiona si figuras como el "trust" o la "fiducia" patrimonial pueden considerarse bajo el concepto de fundación, concluyendo que en derecho español no se otorga a la autonomía de voluntad del fundador el mismo imperio de la cual goza en otros ordenamientos jurídicos. A su vez, la sentencia 352/2006 de 14 de diciembre se analiza la configuración del arbitraje en el ordenamiento jurídico de transportes terrestres, donde el abogado del Estado se apoya en el derecho comparado para argumentar que no existe principio constitucional que impida al legislador otorgar

49. Lucio Pegoraro, *La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, CLUEB, 2007, pp. 983-991. Angioletta Sperti, "Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza piu recente", en: *Rivista di Diritto Costituzionale - Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa"* N° 11-2006, Turin, Giappichelli Editore, 2006, pp. 125-165.

50. Sobre la materia puede considerarse: Giuseppe Franco Ferrari y Antonio Gambaro, *Corti Nazionali e comparazione giuridica*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; Basil Markesinis y Jörg Fedtke, *Giudici e diritto straniero: La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009; Giuseppe Franco Ferrari y Antonio Gambaro, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law*, A Premise. Polimetria Publisher, Italy, 2010, pp. 11-32; Paolo Ridola, *Diritto Comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino: G. Giappichelli editore, 2010.

51. Maria Soledad Santana Herrera, *El derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7 N. 14, julio-diciembre de 2010. disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/09SoledadSantana.htm> (último acceso en 03/09/2012).

al silencio valor como declaración de voluntad, lo que no causó consecuencias en la decisión del Tribunal Constitucional.

En materia penal, la sentencia 237/2005 de 26 de septiembre del Tribunal Constitucional español considera la legislación extranjera para resolver sobre el delito de genocidio, sosteniendo que la legislación española como otras legislaciones europeas como la belga de 1993 reformada en 1999, el Código Penal de Dinamarca, La ley sueca, el Código penal italiano, la ley alemana del 2002 y la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional de Cracovia de 2005 avalan la conclusión del Tribunal Constitucional de que la concepción de jurisdicción universal de Derecho internacional, en vigor, no se configura en torno a vínculos de conexión con los intereses estatales.

Finalmente, en la sentencia 33/2005 de 17 de febrero en voto particular el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez sobre reglas competenciales del Estado y Comunidades Autónomas, avala su posición de que el Estado debe conservar como regla general facultades de supervisión y garantía, para que se diferencie del bloque de competencias de ejecución que corresponden a las comunidades Autónomas, con referencias al derecho alemán y austriaco, especificando los problemas de coordinación existentes entre el nivel federal y estadual.

La realidad en Latinoamérica no es distinta, donde hay tribunales y cortes que transparentan en sus resoluciones el uso del derecho internacional de los derechos humanos y el seguimiento de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, donde destaca la *Corte Suprema de la Nación Argentina*,⁵² donde pueden citarse los casos "Ekmekdjian c/ Sofovich"; "Servini de Cubría, María R. s/ Amparo" (1992), "Giroldi, Horacio D. y otro s/ Recurso de Casación" (1995), "Bramajo, Hernán, J." (1996); "Acosta, Claudia B." (1998); "Campodónico de Baviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y acción social" (2000); "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio Calificado y asociación ilícita y otros" (2004), "Simón" (2005), "Gramajo", (2006), "Gualtieri" (2009).

En la misma línea se sitúa la *Corte Constitucional de Colombia*, la que ha seguido la CADH y la jurisprudencia de la CIDH en forma permanente, a modo de ejemplo pueden citarse la sentencia de 7/12/2001 respecto de tratados de derechos humanos como estándares para analizar posible restricción de libertad de expresión; sentencia de 20/01/2003 en materia de revisión de sentencias penales, límites de cosa juzgada y principio *non bis in idem*; la sentencia de 22/02/2005, sobre estándares mínimos de protección de desplazados; sentencia de 22/05/2007 sobre control constitucional de

52. Victor Bazán, "El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina", en: *Revista Estudios Constitucionales*, año 8 N° 2, Santiago Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Ed. Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010, pp. 359-388; Walter Carnota, Paper sobre uso del derecho extranjero por Corte Suprema Argentina, *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México, diciembre de 2010, workshop N° 12: Enriquecimiento de la jurisprudencia a través del derecho comparado, México D. F., 2010, 11 p.

censura en materia de libertad de expresión; sentencia de 3/12/2007 sobre impulso a investigaciones penales para garantizar el acceso a verdad, justicia y reparación; sentencia de 5/06/2008, sobre deber de garantía del derecho a la salud.

El *Tribunal Constitucional del Perú* desarrolla igualmente un seguimiento del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así a manera de ejemplo pueden citarse las sentencias de 3/01/2003 sobre límites sustantivos y procesales de la legislación anti-terrorista; de 18/03/2004, sobre el sistema normativo y jurisprudencial internacional y su valor en la interpretación de los derechos fundamentales; de 21/07/2006, sobre efectos de las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos; de 19/06/2007 sobre violación de derechos políticos y falta de acceso a la justicia por falta de control jurisdiccional de decisiones de órganos electorales; de 3/09/2008, sobre obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de 7/01/2010 sobre derecho de acceso a la información pública.

La *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*, en diversas sentencias ha seguido los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵³ recientemente en sentencia de julio de 2011, en acatamiento del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Rosendo Radilla de 23/11/2009, por desaparición forzada ocurrida en Guerrero en 1974, determinó en sentencia de 11/07/2011, por unanimidad de votos, que “Los jueces del Estado de México deben replicar, en casos futuros, el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del caso Radilla y en aplicación del art. 1º constitucional”, precisando que “frente a situaciones que vulneren derechos humanos de los civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”. A su vez, la Suprema Corte de Justicia determinó, en votación previa, que el control de convencionalidad obliga a todo juez sin excepción a incorporar en sus decisiones los tratados internacionales ratificados por el país, por lo cual todos los jueces mexicanos federales y locales, como asimismo, los tribunales administrativos, deberán verificar que las leyes internas sean compatibles con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos, lo cual implica que todos los jueces podrán inaplicar, en el caso concreto de que conozcan, las disposiciones que sean contrarias a la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, sin pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma o ley en cuestión. Asimismo, todos los órganos del Estado mexicano deberán realizar el control de convencionalidad, en el ámbito de sus competencias, aplicando la norma correspondiente con el sentido más favorable a las personas.

53. Karlos Castilla, El derecho de origen internacional en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Revista Cuestiones constitucionales* N° 23, julio-diciembre de 2010, pp. 219-243; Jorge Carmona Tinoco, “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México”, 2009, pp. 245-290.

Por otra parte, algunas jurisdicciones constitucionales se abstienen de explicitar el uso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo casos excepcionales, como ocurre con Chile, los cuales son más abiertos a considerar la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales europeas y latinoamericanas, en una comunicación transjudicial espontánea y horizontal.

Un único país en el ámbito latinoamericano que presenta una confrontación abierta y una actitud desafiante respecto de las sentencias y jurisprudencia de la Corte Interamericana, es el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela.⁵⁴

La comunicación transjudicial o el denominado diálogo jurisprudencial entre los jueces, ya sea de carácter horizontal o vertical, es así una de las cosas que aparecen como fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, con el cual se contribuye al enriquecimiento del derecho mediante la obra de los intérpretes del derecho constitucional vivo. Hoy existe un rico patrimonio constitucional que posibilita un circuito comunicativo y la existencia de un *Estado constitucional cooperativo* como explicita Häberle,⁵⁵ superador de un Estado introvertido y hermético, que está en una situación de claro retroceso histórico.

4. Las potencialidades y riesgos del diálogo entre jurisdicciones

Un correcto uso del método comparado en el derecho constitucional posibilita superar las aproximaciones estrictamente textualistas, enriqueciendo el aparato conceptual y argumentativo de una jurisdicción constitucional, superando la pobreza de la auto referencia, además de la posibilidad de aprender de las reflexiones jurídicas de otras magistraturas, tanto de sus aciertos, como de sus errores. Las jurisdicciones constitucionales no están aisladas y pueden aprender de las experiencias de otras jurisdicciones constitucionales extranjeras, cuyos fallos son instrumentos útiles que permiten reflexionar con mayor profundidad, tener presente aristas no consideradas, ampliar perspectivas, mejorar y enriquecer las argumentaciones jurídicas para resolver los problemas jurídicos constitucionales nacionales que son parte de su competencia.

Un primer aspecto que debe explicitarse en este ámbito es que la cita de sentencias o de derecho constitucional extranjero no constituye derecho comparado, con suerte estaríamos frente a una información comparativa, que es una forma que De Vergottini denomina “erudición discursiva”⁵⁶ que sirve para mostrar similitudes o diferencias de

54. Carlos Ayala Corao, “Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, año 7 N° 1, Santiago, Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca - ED Librotecnia, 2009, pp.391-395.

55. Peter Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milán, Ed Giuffrè, 2003.

56. De Vergottini, Giuseppe (2001), p. 224.

razonamientos, construcciones institucionales o modelos que permiten reforzar una argumentación o realizar un contraste, cuando ellos se realizan en materias atinentes a la *ratio decidendi* del caso en análisis. En otros casos, podemos decir que es solo fuego de artificio ya que en nada contribuyen al razonamiento y argumentación de fondo sobre el caso analizado.

El uso del método comparado es otra cosa, requiere un esfuerzo metodológico más significativo y solo se utiliza por los jueces en la interpretación constitucional, cuando se desentraña el sentido y alcance de un determinado contenido normativo constitucional para precisar la norma que emana de ese enunciado normativo resolver el caso que ocupa al tribunal. Es en este proceso en el que los jueces pueden utilizar la doctrina y los precedentes extranjeros, como elementos que le ayudan a determinar la norma que posibilita resolver el caso concreto, es en esta etapa en que los jueces pueden utilizar los razonamientos y argumentos asumidos ya por otras magistraturas en el ámbito del derecho comparado, pero siempre precisando el sentido y alcance de dicha jurisprudencia, norma o institución en su sistema de origen, dentro del contexto del sistema jurídico respectivo, en su marco cultural, dentro del respectivo sistema constitucional, el cual debe ser explícito y razonado,⁵⁷ para luego contrastarlo y determinar las semejanzas y diferencias con las fuentes, instituciones, normas y razonamiento jurídico nacional, sólo en tal caso puede hablarse propiamente del recurso al derecho comparado.

El derecho comparado es un instrumento que ayuda en la interpretación constitucional y normativa, como señala Barak, esta asistencia puede ayudar en tres niveles.⁵⁸ Primero en el ámbito de la interpretación, ya que el derecho comparado ayuda al juez a comprender mejor la función de la interpretación y su función respecto de ella. En un segundo nivel el juez se apoya en el derecho comparado para precisar reglas de tratamiento de derechos fundamentales: el uso de la ponderación de derechos, el principio de proporcionalidad, el principio pro homine o favor persona, las reglas de limitación de derechos fundamentales, son algunos ejemplos de instituciones comunes en el tratamiento de derechos fundamentales dentro de las democracias constitucionales. Un tercer nivel en que el derecho comparado contribuye al juez permite enriquecer la solución de problemas constitucionales concretos, como pueden ser en materia de igualdad de oportunidades, la formulación de acciones afirmativas, los elementos para delimitar la libertad de expresión e información, el respeto de la vida privada, entre otros derechos fundamentales.

La mayor parte de los jueces constitucionales justifican la investigación y la consideración de precedentes extranjeros, de otros países o internacionales, posibilitando

57. Ver Marie Claire Ponthoreau, *L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique*, (sous dir.), P. Legrand, *Comparer les droits résolument*, PUF, 2009, pp. 555-556.
58. Aharon Barak, "La comparazione nell diritto pubblico", en: Basil Markesinis y Jörg Fedtke, *Giudici e diritto straniero: La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 391.

la ampliación del horizonte, y la difusión de ideas que se encuentran en el sistema jurídico, por el uso de argumentos similares ante situaciones similares, en contextos similares, lo que permite adoptar como argumento de refuerzo de una decisión o como criterio básico para adoptar la decisión, en virtud de la similitud de los cuerpos normativos y de la cultura jurídica, o por el hecho de haber resuelto la materia con anterioridad al tribunal que la considera.⁵⁹

El conocer y usar la jurisprudencia extranjera además de la propia posibilita la expansión y riqueza de la argumentación constitucional, posibilita conocer otros argumentos ya sea para discrepar o para concordar con ellos, fortaleciendo la calidad argumentativa de las sentencias. El uso del argumento basado en la comparación puede contribuir a que los jueces puedan profundizar una argumentación, como asimismo puede contribuir a dotar de fuerza a una motivación. Además, el recurso al argumento fundado en la comparación puede ofrecer una visión más completa de las respuestas posibles a un problema jurídico específico.⁶⁰

Por otra parte, debe tenerse presente que el recurso a la jurisprudencia constitucional extranjera se utiliza estratégicamente por los jueces constitucionales, su utilización puede tener como finalidad acrecentar la legitimidad de la decisión adoptada refiriéndose a una jurisprudencia constitucional extranjera bien establecida de tribunales o cortes constitucionales de prestigio, como asimismo para contrarrestar la reacción a una decisión controvertida, presentando esta resolución como coherente y consistente con una o más líneas jurisprudenciales de otras cortes o tribunales constitucionales respetados.⁶¹

La seriedad y prolijidad del uso del derecho extranjero y la circulación de los precedentes jurisprudenciales requiere que exista una adecuada y correcta selección de los ordenamientos de referencia, evitando la subjetividad y arbitrariedad de ella; que tal uso esté encaminado a una mejor comprensión del propio ordenamiento constitucional y jurídico, posibilitando una auto observación, comprensión y discernimiento crítico; como asimismo, es necesario, explicitar los argumentos en forma honesta, haciéndolos transparentes, verificables y controlables. Es necesario distinguir en esta materia las referencias puntuales a la jurisprudencia de otros países, la comparación liviana o superficial o el uso riguroso del método comparativo, como asimismo, la consideración implícita o explícita del derecho extranjero ya sea por adhesión o por diferenciación.

Debe tenerse cuidado con la selección puramente discrecional de las referencias y precedentes extranjeros y su utilización fuera de contexto ("*cherry picking*"), el uso

59. Didier Maus. Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles. en: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N° 80, 2009, p. 684.

60. Marie Claire Ponthoreau, *L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique*, (sous dir.), P. Legrand, *Comparer les droits résolument*, PUF, 2009, p. 556.

61. Michel Rossenfeld, *Le constitutionalisme comparé en mouvement*, En: Pierre Legrand (Dir), *Comparer les droits, résolument*. Ed. Puf, 2009, p. 562.

descontextualizado o descuidado del precedente jurisdiccional extranjero o de la superación de dichos precedentes por otros más actuales, el fundamento jurídico que permite aludir a ellos, entre otros aspectos. En esta materia debe prevalecer el uso de la prudencia por parte de las jurisdicciones, el adecuado control de ello provendrá del análisis crítico de la doctrina y de la opinión pública constitucional.

El uso de precedentes extranjeros no se puede reducir a un trasplante mecánico o automático, sin considerar los diferentes contextos jurídicos nacionales, los eventuales errores de interpretación y de la utilización de las fuentes o la jurisprudencia, como asimismo, la necesaria consideración del contexto del caso preciso que debe ser resuelto; el uso del derecho y la jurisprudencia extranjera deben utilizarse como argumentos persuasivos o para reforzar una decisión que debe siempre estar basada sobre argumentos interpretativos del derecho nacional.⁶² Como señala De Vergottini, "el derecho externo (al propio ordenamiento) viene tomado no como fuente de aplicación en el caso en examen, sino como dato fáctico y cognitivo que el juez tiene presente para mejor conocer y decidir",⁶³ así el precedente extranjero puede ser útil y retenido tanto para determinar una compatibilidad como para determinar un desacuerdo de alcance y sentido suficientemente argumentado. Distinto es el caso del derecho internacional de los derechos humanos al cual está vinculado el Estado Parte, el cual ha reconocido jurisdicción vinculante a un tribunal regional, cuyas decisiones son vinculantes y obligaciones de resultado para dicho Estado, como ocurre con los derechos fundamentales y garantías asegurados por convenciones o tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los diálogos jurisprudenciales sirven también para crear ideas que produzcan, además de la coexistencia pacífica y la cooperación, la integración de una pluralidad de culturas jurídicas en la unidad de una comunidad jurídica.

El uso del recurso al derecho comparado, por su parte, está asociado también a la apertura en la cultura jurídica y política del país a la recepción jurídica proveniente de otros ordenamientos jurídicos, a como las Cortes o Tribunales Constitucionales consideran el sistema de fuentes y el uso de ellas en el proceso de argumentación jurídica, a la forma en que el Derecho Constitucional nacional y el respectivo Tribunal Constitucional comprenden la relación entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional, como asimismo, a las eventuales resistencias ideológicas o paradigmáticas de los magistrados basados en una determinada concepción de la soberanía nacional, de "patriotismo constitucional" y el temor a la pérdida de identidad nacional, como también a que la irrupción del derecho internacional o comparado dañe procesos de pacificación de espíritus luego de procesos de transición del autoritarismo a la

62. Giuseppe De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: Il Mulino, 2010, p.169.
63. *Ibidem*, p.139-140.

democracia, elementos que han sido objeto de análisis por la doctrina: Choudhry,⁶⁴ De Vergottini,⁶⁵ Jackson,⁶⁶ Lollini,⁶⁷ Ponthoreau,⁶⁸ Slaughter,⁶⁹ Sperti,⁷⁰ Tushnet,⁷¹ entre otros.

5. Las objeciones y resistencias al diálogo entre jurisdicciones constitucionales

En el ámbito de las resistencias al uso del derecho extranjero o internacional se sitúa el uso del concepto de "identidad nacional" o de "patriotismo constitucional", como conjunto de rasgos que singularizan en un marco jurídico-político las decisiones fundamentales de la sociedad política en virtud del ejercicio de su soberanía, resaltando la distancia con los valores o la cultura de otros ordenamientos jurídicos; esta perspectiva es desarrollada en el ámbito del derecho norteamericano por R. Bork.⁷² Al respecto se cita como uno de los defensores destacados de esta perspectiva a Pierre Legrand,⁷³ el cual centra su preocupación en la separación entre la letra y el espíritu de la norma, considerando que no debe tomarse las palabras de una norma jurídica y prescindir del "marco de intangibles dentro del cual las comunidades interpretativas trabajan y que tiene fuerza normativa para esas comunidades". En el ámbito nacional, tal perspectiva ha sido asumida por M. Núñez.⁷⁴ Por el contrario, nos parece que el análisis del derecho constitucional extranjero y de la jurisprudencia constitucional

64. S. Choudry. Migration As a New Metaphor in Comparative Constitutional Law, in: Id. (cur.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge UP, 2006.

65. Giuseppe De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna: Ed Il Mulino, 2010.

66. Vicky Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.

67. Andrea Lollini, Confronting Comparative Methods: Approaches to Using Extra-Systemic Parameters by the Canadian Supreme Court and the South African Constitutional Court, in: A.S. Muller y M.A. Loth, *Highest Courts and Internationalisation of Law*, The Hague, Hague Academic Press, 2009, pp. 165-182.

68. Marie Claire Ponthoreau. Le recours a L'argument de droit comparé par le juge constitutionnelle. Quelques problèmes théoriques et techniques. En: Ferdinand Mélin-Soucramanien (Ed), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Ed. Dalloz, 2005, pp. 145 y ss.

69. Anne-Marie Slaughter. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, Volumen 44, N°1, invierno de 2003.

70. Angioletta Sperti, "Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza piu recente", en: *Rivista di Diritto Costituzionale - Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa"* N° 11-2006, Turin: Giappichelli Editore, 2006, pp. 125-165.

71. M. Tushnet, *The possibilities of Comparative Constitutional law*, in 108 Yale L. J., 1999, 1225 ss.

72. Bork, R. (2006).

73. Pierre Legrand. The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4, 1997, p. 121; "Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists Contribute?", en: Lyons Beaumont y Walker (Eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, Oxford Portland Oregon, 2002, pp. 225-256; "The same and the different", en: *Comparative Legal Studies: traditions and transitions*, Cambridge, 2003, pp. 240 y ss. Ver también Pierre Legrand, *La comparaison des droits expliquée a mes étudiants*, en: Pierre Legrand (dir), *Comparer les droits, résolument*, Ed. PUF, Paris, 2009, pp. 209-244.

74. Manuel Núñez Poblete, "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", *Revista Ius Et Praxis - Año 14 - N° 2*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, 2008, pp.331-372.

extranjera contribuye y ayuda a interpretar mejor, como asimismo a definir mejor la propia identidad nacional.⁷⁵

Otro argumento utilizado como oposición al uso jurisprudencial del derecho norteamericano denominan como "cherry-picking", utilizando aquella que se tiene mas a mano, aquella que se prefiere por razones de conocimiento del idioma o la que sirve para sostener la tesis ya pre adoptada, aceptando el derecho cuando se está de acuerdo o rechazándolo cuando no nos sirve para respaldar nuestra propia posición. El uso oportunista de la jurisprudencia o del derecho constitucional extranjero en un argumento válido para las situaciones en que ello ocurre, pero no es un argumento para el caso del correcto uso del método comparativo por parte de las jurisdicciones constitucionales, debiendo hacerse un adecuado discernimiento en esta materia, donde la experiencia de otro tribunal es filtrada por los jueces nacionales teniendo presente el propio texto constitucional y su contexto, el derecho y la jurisprudencia no doméstica sólo aporta enriquecimiento del análisis, abre a nuevos razonamientos, posibilitando un enriquecimiento de la propia perspectiva, que es, en definitiva, la que se manifestará en la "ratio decidendi" y la parte resolutive del fallo.

Puede sostenerse, en materia de diálogo jurisprudencial vertical, cuando esta en juego el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito regional americano, que la utilización del ámbito comparado en esta materia posibilita el uso de una fuente del derecho externa que es vinculante en el ordenamiento interno y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también lo es como "ratio decidendi" e interpretación legítima y última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las otras convenciones complementarias del mismo, las cuales constituyen como mínimo una pauta interpretativa para los tribunales nacionales, además de una obligación de cumplimiento de buena fe, en cuanto obligación de resultado, por ello, en este ámbito, puede sostenerse la legitimidad del uso normativo de la comparación, como uso de los precedentes ya resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso del diálogo jurisprudencial horizontal, el uso del método comparado y de la jurisprudencia comparada se justifica cuando su uso posibilita desentrañar el significado originario de una norma que se ha incorporado al derecho constitucional local pero que es de derivación de otro ordenamiento constitucional, aunque siempre teniendo presente el contexto normativo nacional en que se integra, el que puede ser distinto del ordenamiento extranjero.

75. Ver Vicky Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, p. 108.

A su vez, el diálogo jurisprudencial horizontal es legítimo y válido cuando se utiliza para considerar puntos de vista a través de los cuales pueden desarrollarse y discernirse propuestas interpretativas, considerarse hipótesis posibles de solución de un problema jurídico constitucional, discernir la relevancia de argumentos que no se han planteado a nivel nacional para acogerlos o desecharlos, en definitiva, para enriquecer el razonamiento jurídico propio y eventualmente para superar lagunas o vacíos en el ordenamiento doméstico, siempre verificando prudentemente el contexto normativo nacional y la armonización de la solución hermenéutica con la perspectiva constitucional positiva nacional. El argumento comparado y la solución jurisprudencial extranjera no es fuente del derecho ni tiene una eficacia vinculante, sólo constituye un enriquecimiento de la perspectiva hermenéutica del juez constitucional nacional, una apertura con discernimiento crítico al derecho extranjero posibilita una mejor comprensión de la propia constitución y de la propia tradición constitucional, posibilitando una mejor comprensión de instituciones comunes y valores compartidos, posibilitando abrirse a nuevas perspectivas.⁷⁶ Asimismo, el dialogo jurisprudencial horizontal puede ser utilizado legítimamente para reforzar las argumentaciones sostenidas en el análisis e interpretación del derecho constitucional nacional, con experiencias de derecho constitucional extranjero que cuentan con reglas y principios con la misma perspectiva cultural y constitucional y con contextos normativos similares. Todo ello debe ser asumido sin complejos de superioridad ni de inferioridad.

Por otra parte, la tesis del "margen de apreciación"⁷⁷ que se utiliza generalmente para la defensa de un criterio de autonomía nacional para determinar el contenido de los derechos fundamentales, es un criterio relativo, en la medida en que este margen depende de la decisión de la Corte Internacional respectiva, como asimismo del contexto del sistema regional respectivo, justificándose en contextos de pluralismo cultural y constitucional, donde la Corte Internacional debe resolver casos que llegan de países con muy distintos sistemas jurídicos, tradiciones culturales y contextos jurídicos, como es el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos; teniendo dicha perspectiva un menor nivel de aplicación cuando estamos ante países que tienen un mismo sistema jurídico y unas mismas tradiciones culturales, aún cuando tengan algunos contextos socio económicos e ideológicos diferenciados, como es el caso de la región latinoamericana.

La idea de margen de apreciación no se encuentra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en sus trabajos preparatorios, ni tampoco proviene del derecho

76. Vicky Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford-New York: Oxford University Press, 2010, p. 117.

77. Ver J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid: Editorial Civitas, 2010; E. Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, En: *Revue internationale de droit comparé*, v. 50 N° 4, octobre-décembre 1998, pp. 1175-1177.

internacional. La institución del margen de apreciación proviene del derecho francés, más específicamente, del Consejo de estado francés que utiliza la expresión “*marge d'appréciation*” y que se aproxima a la idea de discrecionalidad administrativa, aún cuando esta última es más precisa y concreta. Este espacio limitado a la libertad de valorización es una creación pretoriana del TEDH con contornos imprecisos y casuísticos,⁷⁸ utilizado por primera vez en el caso *Lawless contra Irlanda*, para más tarde utilizarlo en el *Asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica en 1968*, no volviendo a usar la expresión hasta el caso *Irlanda contra el Reino Unido*, en enero de 1978, al referirse que los estados estaban en mejor situación para valorar en la realidad la entidad de una amenaza para la vida de la nación, utilizándose en diversos otros casos con posterioridad. El margen de apreciación constituye así una construcción jurisprudencial del TEDH como una suerte de deferencia hacia los estados partes en casos complejos y sensibles, el cual es determinado por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos concretos, en los que exista la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), lo que otorga una gran discrecionalidad al TEDH para manejar dicho margen de apreciación nacional, lo que puede entrar en conflicto con el mandato del convenio de protección jurídica efectiva de los derechos y el pleno examen de la medida controvertida como determina J. Rubel citado por Johann Justus Vassel.⁷⁹ Este margen de apreciación nacional puede justificarse en Europa, en aquellos derechos con un escaso contenido esencial y una amplia configuración legal, donde el TEDH tiene que considerar las diversas tradiciones y sistemas de derecho de los 47 estados europeos, con más de ochocientos millones de habitantes, constituyendo un criterio de justificación para la baja intensidad de la revisión europea por prudencia en tales derechos por no ser manifiestamente la medida desproporcionada, pero no otorga a los estados nacionales la patente de corso, para vulnerar discrecionalmente derechos humanos y desarrollar conductas arbitrarias, ya que el propio TEDH determina el margen de apreciación que deja en cada caso concreto, sin que los estados partes tengan un derecho al margen de apreciación nacional.

En todo caso, el manejo de la ambigua institución del margen de apreciación lo determina en cada caso, en última instancia, la respectiva Corte Internacional, la que tiene la última palabra sobre la materia. En tal sentido la Corte Europea maneja con discrecionalidad este margen de apreciación, mientras que en el ámbito regional americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no utiliza significativamente

78. J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid: Editorial Civitas, 2010, pp. 108-109.

79. Johann Vassel, “El margin of appreciation” como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo* N. 11, 2009, p.7, publicación electrónica disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/07JVassel.htm> (último acceso en 03/09/2012). J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid: Editorial Civitas, 2010, pp. 120.

dicho margen, ya que los temas que afronta son de derechos más duros y evidentes (vida, integridad personal, libertad personal, derecho a la jurisdicción, derecho a la investigación y a la verdad), donde no hay lugar para diversas apreciaciones.

6. El diálogo jurisdiccional interno de los tribunales o cortes constitucionales

Las jurisdicciones constitucionales se pronuncian en función de su propia deliberación, teniendo presente las normas jurídicas y fuentes del derecho que debe interpretar y aplicar y de los elementos del caso que le son sometidos a su consideración. En este proceso de adopción de la resolución del caso, los jueces deliberan, dialogan y razonan, siendo este diálogo y razonamiento el que queda plasmado en la ratio decidendi de la sentencia y en los votos concurrentes y disidentes en su caso, lo que permite conocer la calidad de la argumentación jurídica y el uso de las fuentes del derecho utilizados, como asimismo el uso o no del derecho extranjero y del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de sus órganos de aplicación. Tal perspectiva transparente tácita o expresamente una parte del diálogo sostenido por los jueces que integran el tribunal o corte, elementos que constituyen una fuente importante para analizar los consensos y disensos al interior del respectivo Tribunal o Corte Constitucional.

7. Algunas consideraciones sobre la utilización del derecho no doméstico y el derecho convencional internacional de derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno

Una vez analizado el periodo de los años 2006 y 2007 respecto de la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno, pueden sostenerse algunas consideraciones respecto de la jurisprudencia de dicho bienio.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional chilena, en general, hasta el año 2006, hay un uso del derecho constitucional formalista descriptivo y eminentemente positivista que utiliza poco el recurso al derecho constitucional comparado y a la jurisprudencia comparada, dicha tendencia se quiebra el año 2007, donde hay un paso significativo a una apertura al derecho internacional de los derechos humanos y al uso del derecho constitucional y la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales, lo que se mantiene con posterioridad a dicha fecha, aunque con altibajos.

Es interesante señalar que el año 2006, ya se encuentran, aunque solo en votos concurrentes, alusiones al derecho constitucional comparado.

En sentencia, **rol 480 de 27/07/2006**, en voto concurrente de los ministros **Marcelo Venegas Palacios** y **Enrique Navarro Beltrán**, estos establecen para reforzar su argumentación jurídica, el uso de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en materia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones en el ámbito penal y administrativo sancionatorio; a su vez, el Ministro Jorge Correa

Sutil, se refiere al uso del derecho comparado europeo, para explicitar las diferencias de enfoque en dicho contexto, como asimismo para establecer la diferencias entre el texto constitucional chileno y español sobre el derecho administrativo sancionador.

En **sentencia Rol N° 546 de 17/11/2006**, en que no hay decisión por empate de votos, los cinco ministros que rechazan el requerimiento que cuestiona el *Solve y Repete* analizan el uso de dicha institución por diversos ordenamientos jurídicos europeos y por algunas jurisdicciones como las de Italia, España, Colombia y Argentina, como asimismo se refieren a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En **sentencia Rol N° 555 de 19/12/2006**, el Tribunal Constitucional conoce de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación a la causa rol N° 2653-2006, caratulada "Nilson Saracostti Burgano con Servicio de Impuestos Internos", pendiente ante la Corte Suprema, respecto del art. 116 del Código Tributario. El requirente se refiere expresamente a la vulneración del art. 8° de la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de juez independiente e imparcial. El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento sólo en base a argumentaciones de derecho interno, no realizando razonamiento alguno en relación al art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos invocada por la parte requirente, existiendo una omisión de pronunciamiento del Tribunal sobre parte de la argumentación jurídica esgrimida por el requirente, la cual es soslayada.

En 2007, puede señalarse que el Tribunal Constitucional, en sus sentencias en que entra a conocer y resolver los requerimientos presentados en acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, comienza a desarrollar una perspectiva de mayor consideración del derecho constitucional y la jurisprudencia de tribunales constitucionales extranjeros, como elementos de análisis que le permiten a su vez una mayor riqueza de análisis para resolver luego los casos concretos. En tres sentencias el Tribunal utiliza normas de derecho constitucional extranjero de Estados Unidos, Alemania, España, Francia e Italia (Roles N° 718, 759 y 773). Una sentencia se refiere a concepciones sobre justicia administrativa en el derecho positivo de diversos estados en referencia abstracta y sin precisión, lo que le permite sostener la existencia de modelos de justicia administrativa, posibilitando algunas clasificaciones sobre ellas, determinando la existencia de opciones similares a la chilena, lo que le permite considerar como legítimo el modelo nacional sobre la materia (Rol N° 616). Respecto de las citas de jurisprudencia de otros tribunales constitucionales, puede establecerse que: doce sentencias citan jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (roles N° 519, 527, 549, 576, 616, 664, 718, 759, 773, 783, 786, 790); en tres sentencias cita jurisprudencia de la Corte Constitucional alemana (roles N° 616, 786, 790); en tres sentencias cita jurisprudencia del Consejo Constitucional francés (roles N° 616, 664 y 786); en dos sentencias cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Italia (roles 616 y 786); en dos sentencias cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú (roles N° 718 y 786); en dos cita jurisprudencia de la Corte Suprema de México (roles

N° 718 y 780); y en dos sentencias cita jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (roles N° 790 y 804).

Asimismo, en una sentencia se hace referencia genérica al derecho de Francia, Inglaterra, Alemania, España, Estados Unidos y al derecho hispanoamericano con referencias a diversos países considerando la diversidad de sistemas de justicia administrativa (Rol N° 616).

A su vez, respecto de uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ratificado por Chile y vigente, el Tribunal Constitucional lo empieza a utilizar como reforzamiento de sus propias argumentaciones y como parte del parámetro de control de constitucionalidad por la norma de reenvío del art. 5° inciso 2° de la Constitución. En cinco sentencias utiliza los derechos asegurados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (Roles N° 519, 576, 739, 783 y 807); en cuatro sentencias utiliza los derechos y garantías asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos (Roles N° 519, 576, 739 y 807). En dos sentencias realiza referencias a derechos asegurados por la Declaración Americana de Derechos Humanos (Roles N° 519 y 576). En una sentencia se utilizan los principios y derechos asegurados por la Convención sobre Derechos del Niño (Rol N° 786). En una sentencia se utilizan los derechos asegurados por la Convención sobre no discriminación de la Mujer (Rol N° 698). En una sentencia se utiliza las reglas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Rol N° 804).

El Tribunal Constitucional durante el año 2007, utiliza también el *soft law* (derecho blando) en materia de derechos humanos, en tres sentencias utiliza la Declaración sobre Protección de la persona contra la Tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de la Asamblea de Naciones Unidas de 9/12/1975 (Rol N° 519, 576 y 786). En una sentencia cita las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores (reglas de Beijing) en Rol N° 786. Una sentencia alude a las Reglas mínimas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), en Rol N° 807. Finalmente, en una sentencia se cita el Código Modelo Tributario para América Latina (Rol N° 718).

En el ámbito de la jurisdicción constitucional chilena existe una referencia marcada a la jurisprudencia de tribunales constitucionales extranjeros con mayor tradición, como ocurre con la Corte Constitucional Alemana, el Consejo Constitucional francés y los tribunales constitucionales Español e Italiano, especialmente; como asimismo respecto de algunas jurisdicciones constitucionales que corresponden a la misma cultura jurídica y se encuentran en el mismo ámbito regional geográfico, como son la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional de Perú y Corte Suprema de México.

Es interesante de hacer notar que la cita de jurisprudencia o derecho extranjero está vinculado al conocimiento personal del juez del derecho del respectivo país, de la jurisprudencia y la doctrina jurídica respectiva, asimismo, es posible de señalar que

hay también una visión mas amplia de aquellos ministros con estudios de postgrado y experiencia académica en el extranjero, como asimismo, por el manejo adecuado de lenguas extranjeras, que posibilitan un enriquecimiento de la ratio decidendi del fallo.

Es posible constatar asimismo una discrecionalidad de manejo del Tribunal Constitucional del derecho extranjero y la jurisprudencia extranjera, lo que también se constata aún con mayor fuerza en el uso de los estándares mínimos de respeto de derechos humanos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las omisiones son bastante notorias en casos relevantes, como por ejemplo, en **Sentencia Rol 664 de 30/05/2007**, respecto de los cuales se hace un paso tangencial para no abordar directamente el tema de fondo, como ocurre con la invocación para no Tribunal que ello involucraría un pronunciamiento de juicio de mérito y oportunidad de la legislación, para no asumir la resolución del tema de fondo, el estándar del juez *natural, competente, independiente e imparcial* que exige el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, donde la Corte Interamericana ya se había pronunciado fijando estándares mínimos de aseguramiento del derecho a un juez independiente e imparcial en los casos *Palamara vs. Chile*⁸⁰ y *Almonacid Arellano vs. Chile*,⁸¹ como asimismo, ya había fijado el estándar sobre el derecho a la revisión de la sentencia penal en el caso **Rol N° 986, "Aáron Vásquez"**, de treinta de enero de dos mil ocho, considerando que dicho recurso debe ser ordinario y debe considerar los hechos y el derecho, endecha sentencia omisiva de dicho estándar, ella contó con la disidencia de tres ministros del Tribunal Constitucional, donde el estándar mínimo fijado por la Corte Interamericana en el caso "Herrera Ulloa con Costa Rica",⁸² sólo es considerado en votos disidentes. Este último caso se encuentra radicado ya en el sistema interamericano para su resolución.

Tales temas junto a otros tópicos serán objeto de próximos artículos en que analizaremos específicamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre estas materias desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo.

8. Consideraciones finales

La doctrina constitucional se ha venido preocupando de realizar una reflexión académica con cierto rigor científico acerca del fenómeno del diálogo jurisdiccional horizontal entre jurisdicciones constitucionales y el diálogo más vertical entre jurisdicciones constitucionales y Cortes Internacionales o Supranacionales de Derechos

80. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22/11/2005, Serie C N. 135.

81. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de fecha 26/09/2006, Serie C N. 154.

82. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de fecha 2/07/2004, Serie C N. 107.

Humanos. Tal análisis se ha realizado con mayor fuerza en el ámbito norteamericano y europeo, siendo este análisis aún incipiente en América Latina con muy pocas reflexiones académicas sobre la materia.

Puede afirmarse que al inicio de la segunda década del siglo XXI, las principales jurisdicciones constitucionales del mundo, incluidas algunas latinoamericanas, han asumido que en los casos difíciles es importante acudir al derecho constitucional comparado cuando este corresponde al mismo círculo de cultura y de concepción del derecho que el ámbito doméstico, con normas jurídicas constitucionales similares que regulan una misma institución, para ampliar el ámbito de razonamiento, considerar alternativas no consideradas en el ámbito nacional, ya sea para clasificar o construir modelos de diversos institutos o categorías jurídico constitucionales, para desarrollar criterios interpretativos y orientadores tanto para coincidir como para disentir de precedentes extranjeros o internacionales a la hora de resolver casos específicos de problemas jurídico constitucionales a nivel nacional, utilizando un adecuado uso del método comparativo.

En dicho plano, el Tribunal Constitucional chileno, con distinta profundidad y calidad argumentativa, a partir de 2007, empieza a utilizar el derecho constitucional y la jurisprudencia de cortes constitucionales extranjeras como elemento de reflexión, de enriquecimiento de perspectivas científicas; como elemento que posibilita la construcción de modelos y clasificación de instituciones; como punto de referencia para establecer analogías o para establecer diferencias con normas, principios y jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales; como asimismo para reforzar sus propias argumentaciones; o simplemente como muestras de erudición que no aportan nada al razonamiento (*ratio decidendi*) o a la decisión del tribunal.

Es necesario reconocer que en el ámbito europeo y latinoamericano los sistemas regionales de derechos humanos están estableciendo estándares mínimos de aseguramiento y garantía de tales derechos que las jurisdicciones nacionales deben aplicar, si no quieren ser acusadas de violar derechos humanos e incurrir en responsabilidad internacional por vulneración del derecho internacional vigente y obligatorio, ya sea considerándolo como pauta de interpretación y estándares de razonamiento judicial o integrando los derechos asegurados como parte del parámetro de control de constitucionalidad por el hecho de haber incorporado tales derechos, como asimismo, en muchos casos, las normas convencionales que las contienen como parte de la Constitución o, en otros casos, en virtud de normas de reenvío establecidas por el propio ordenamiento constitucional.

En el ámbito regional americano la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido mas expresiva que la Corte Europea en establecer, en virtud de contar con el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que no se encuentra en el sistema europeo, el deber de las jurisdicciones domesticas de adecuar el ordenamiento jurídico a través de medidas legislativas o "de otro carácter", entre

las que se encuentra el ejercicio jurisdiccional de los tribunales en el ámbito de sus competencias, para aplicar los estándares mínimos convencionales, como asimismo, para la delimitación e interpretación de estos por la Corte Interamericana, en lo que esta última Corte, a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,⁸³ ha denominado control de convencionalidad,⁸⁴ que obliga a razonar jurídicamente aplicando preferentemente los derechos asegurados y garantizados convencionalmente cuando ellos no se encuentran asegurados y garantizados en el derecho interno,⁸⁵ en el estándar mínimo asegurado convencionalmente, aplicando además el principio favor persona.

En el ámbito regional americano hay jurisdicciones constitucionales líderes en seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los estándares del sistema interamericano de buena fe, como son las a modo ejemplar las Cortes Supremas de Argentina, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y las Cortes Constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Es posible sostener que, a partir de 2007, el Tribunal Constitucional chileno, en su jurisprudencia se orienta con cierta frecuencia hacia una línea de convergencia con el sistema interamericano de protección de derechos, los derechos asegurados y garantizados en las normas convencionales como parte del parámetro de control de constitucionalidad, ya sea reconociéndole un valor interpretativo de las normas constitucionales de derechos ya sea explícita o implícitamente, como asimismo, asumiendo como derechos que deben ser garantizados por el Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico nacional en su máximo rango, sin que se encuentren en la Carta Fundamental, pero que son asumidos desde los tratados o convenciones internacionales de derechos humanos, como ocurre con el derecho a la identidad, el interés superior del menor, el derecho a la revisión de la sentencia penal, la prohibición

83. Dicho precedente fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú; como asimismo constantemente recordado en los casos contenciosos Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008); Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009); Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010); Fernández Ortega y Otros vs. México (2010); Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010); Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010); entre otros.

84. Sobre la materia, Albanec, Susana (coord.) (2008). Juan Carlos Hitters (2008).

85. La Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, precisó: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Subrayado añadido).125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969."

de la *reformatio in pejus*, entre otros, los cuales son considerados como parte del parámetro de control de constitucionalidad para examinar la constitucionalidad de disposiciones legales.

Este uso de los derechos asegurados y garantizados por el derecho convencional de derechos humanos interamericano, aunque en la práctica, francamente latinoamericano, por parte de nuestro Tribunal Constitucional, no tiene un carácter sistemático y es mas bien discrecional, su uso se concreta sólo cuando la mayoría de ministros del tribunal considera oportuno y conveniente utilizarlo, omitiéndolo en otros casos, lo que es signo también del desacuerdo de apreciaciones sobre la materia existente al interior del tribunal, como asimismo del cambio de posiciones de algunos de ellos en distintos momentos del periodo. Asimismo, lo que también puede observarse como un elemento de análisis preliminar de la jurisprudencia sobre el cual nos detendremos en otro art. de la presente investigación, es una tendencia por parte del Tribunal Constitucional a no seguir los estándares mínimos sobre interpretación de derechos asegurados convencionalmente fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyendo un botón de muestra el caso Aaron Vásquez, el cual ya se encuentra en análisis por los órganos del sistema interamericano, para determinar si hay o no vulneración del derecho a la revisión de la sentencia penal o el denominado derecho al recurso, en el ámbito del procedimiento penal chileno. En este plano, cabe señalar también preliminarmente, que nuestro Tribunal Constitucional tiene una tendencia al uso explícito de la jurisprudencia de tribunales constitucionales extranjeros y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con los cuales no tenemos ningún vínculo jurídico, siendo una consideración espontánea y libre, que a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que nos vincula jurídicamente.

Finalmente, es posible señalar que el Tribunal Constitucional chileno, en la aplicación tanto del derecho constitucional extranjero como de los precedentes constitucionales extranjeros, como asimismo en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, no ha realizado ni asumido una posición homogénea y estable, no ha reflexionado ni sentado lineamientos, al menos explícitamente, sobre su utilización.